## Règles de concurrence relatives aux accords de transfert de technologie

## Communication au titre de l'article 5 du règlement nº 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE à des catégories d'accords et de pratiques concertées, tel que modifié en dernier lieu par le règlement (CE) nº 1/2003

(2003/C 235/04)

**(Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)**

La Commission invite toutes les parties intéressées à lui faire parvenir leurs observations sur les textes suivants:

— projet de règlement de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE à des catégories d'accords de transfert de technologie,

— projet de lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie.

Ces observations doivent être envoyées à la Commission au plus tard huit semaines après la date de publication au *Journal officiel de l'Union européenne*. La Commission a pour pratique de publier les observations communiquées dans le cadre d'une consultation publique. Il est cependant possible de demander qu'elles restent totalement ou partiellement confidentielles. Si tel est votre souhait, veuillez l'indiquer clairement sur la première page de votre contribution. Dans ce cas, une version non confidentielle doit également être envoyée à la Commission en vue de sa publication. Les observations doivent être envoyées soit par courrier électronique à l'adresse suivante:

COMP-TECHNOLOGY-TRANSFER@cec.eu.int

soit par écrit à l'adresse suivante:

Commission européenne
Direction générale de la concurrence
Unité A 1 — Définition des politiques (Antitrust/concentrations)
Technology Transfer Review
B-1049 Bruxelles.

# Projet de règlement de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne,

vu le règlement nº 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées [1], modifié en dernier lieu par le règlement (CE) nº 1/2003 [2], et notamment son article premier,

après publication du projet du présent règlement [3],

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

considérant ce qui suit:

(1) Le règlement nº 19/65/CEE habilite la Commission à appliquer, par voie de règlement, l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie auxquels ne participent que deux entreprises et aux pratiques concertées y afférentes relevant de l'article 81, paragraphe 1.

(2) En vertu du règlement (CEE) nº 19/65, la Commission a notamment adopté le règlement (CE) nº 240/96 du 31 janvier 1996 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie [4].

(3) Le 20 décembre 2001, la Commission a publié un rapport d'évaluation sur le règlement d'exemption par catégorie (CE) nº 240/96, relatif au transfert de technologie [5]. Ce rapport a été à l'origine d'un débat public sur l'application de ce règlement et, plus généralement, sur l'application de l'article 81, paragraphes 1 et 3, du traité aux accords de transfert de technologie. Dans leurs réactions au rapport d'évaluation, les États membres et les tiers se sont globalement déclarés favorables à une réforme de la politique de concurrence de la Communauté dans le domaine des accords de transfert de technologie. C'est pourquoi la Commission a estimé qu'il convenait de remplacer le règlement (CE) nº 240/96.

(4) Le nouveau règlement, qui remplacera le règlement (CE) nº 240/96, devra satisfaire à deux exigences: assurer une protection efficace de la concurrence et garantir une sécurité juridique suffisante aux entreprises. Pour atteindre ces objectifs, il conviendra de tenir compte de la nécessité de simplifier le cadre réglementaire et son application. Il faudra s'écarter de l'approche qui consiste à dresser une liste des clauses exemptées et mettre davantage l'accent sur une définition des catégories d'accords qui sont exemptées jusqu'à concurrence d'un certain niveau de pouvoir de marché, ainsi que des restrictions ou des clauses qui ne devront pas figurer dans ces accords. Cette démarche s'inscrit dans la logique d'une approche économique, qui apprécie l'incidence des accords sur le marché en cause. Une telle approche impose également d'opérer une distinction entre les accords entre concurrents, d'une part, et les accords entre non concurrents, d'autre part.

(5) Les accords de transfert de technologie portent sur la concession de licences de technologies. Le nouveau règlement ne devra concerner que les accords dans lesquels le donneur de licence autorise le preneur à exploiter la technologie concernée pour la production ou la fourniture de biens ou de services. Il ne devra en revanche pas englober les accords de licence relatifs à la poursuite d'activités de recherche-développement. Il ne devrait pas non plus porter sur les accords de licence visant le regroupement de brevets, c'est-à-dire des accords dont le but est de regrouper des technologies afin de concéder sous licence à des tiers l'ensemble des droits de propriété intellectuelle ainsi créés.

(6) Il n'est pas nécessaire, pour l'application de l'article 81, paragraphe 3, par voie de règlement, de définir les accords de transfert de technologie qui sont susceptibles de tomber sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. L'appréciation individuelle d'accords au regard de l'article 81, paragraphe 1, exige la prise en compte de plusieurs facteurs, en particulier la structure des marchés de technologies et de produits en cause.

(7) Il y a lieu de limiter le bénéfice de l'exemption par catégorie aux accords dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3. Pour que les objectifs et les avantages du transfert de technologie puissent être atteints, l'exemption prévue par le présent règlement devrait être également applicable aux dispositions contenues dans les accords de transfert de technologie qui ne constituent pas l'objectif premier desdits accords, mais sont directement liées et nécessaires à la mise en œuvre de la technologie concédée.

(8) Les accords de transfert de technologie améliorent généralement l'efficience économique et ils favorisent la concurrence dans la mesure où ils peuvent faciliter la diffusion des technologies, réduire la duplication des actions de recherche-développement, mieux inciter les entreprises à lancer de nouvelles actions de recherche-développement, encourager l'innovation incrémentale et susciter de la concurrence sur les marchés de produits.

(9) Ces effets favorables à l'efficience et à la concurrence peuvent éventuellement compenser les effets anti-concurrentiels dus aux restrictions contenues dans les accords de transfert de technologie, mais cela dépend de la puissance de marché des entreprises concernées et, par conséquent, de la mesure dans laquelle elles sont confrontées à la concurrence d'entreprises détenant des technologies de substitution ou d'entreprises fabriquant des produits de substitution.

---

[1] JO 36 du 6.3.1965, p. 533/65.

[2] JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

[3] JO C 235 du 1.10.2003, p. 10.

[4] JO L 31 du 9.2.1996, p. 2.

[5] COM(2001) 786 final du 20.12.2001.

(10) Dans le cas des accords de transfert de technologie entre concurrents, on peut présumer, lorsque la part cumulée des parties sur le marché pertinent ne dépasse pas 20 %, que les accords qui ne contiennent pas certaines restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte.

(11) Dans le cas des accords de transfert de technologie entre non concurrents, on peut présumer, lorsque la part individuelle détenue par chacune des parties sur le marché pertinent ne dépasse pas 30 %, que les accords qui ne contiennent pas certaines restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte.

(12) Au-delà de ces seuils de parts de marché, on ne saurait présumer que des accords de transfert de technologie qui relèvent de l'article 81, paragraphe 1, du traité produisent en général des avantages objectifs de nature et de taille à compenser leurs inconvénients sur le plan de la concurrence.

(13) Le présent règlement ne doit pas exempter des accords de transfert de technologie contenant des restrictions qui ne sont pas indispensables à l'amélioration de production ou de la distribution. En particulier les accords de transfert de technologie contenant certains types de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves, comme la fixation des prix facturés aux tiers, doivent être exclus du bénéfice de l'exemption par catégorie prévue par le présent règlement, quelle que soit la part de marché des entreprises concernées. Lorsqu'il existe des restrictions caractérisées de ce type, l'ensemble de l'accord devra être exclu du bénéfice de l'exemption par catégorie.

(14) Afin de sauvegarder l'incitation à innover ainsi qu'une application appropriée des droits de propriété intellectuelle, l'exemption par catégorie devra être assortie de certaines conditions. C'est pourquoi l'exemption des obligations de rétrocession des améliorations dissociables, notamment, devra être limitée aux obligations non exclusives. Lorsque de telles conditions ne sont pas respectées, seules les restrictions en cause devront être exclues du bénéfice de l'exemption par catégorie.

(15) Les seuils de part de marché, l'exclusion des accords de transfert de technologie comportant des restrictions extrêmement graves de la concurrence de l'exemption prévue par le présent règlement ainsi que les conditions auxquelles celui-ci subordonne l'exemption assureront en général que les accords auxquels s'applique l'exemption par catégorie ne donneront pas la possibilité aux entreprises participantes d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

(16) Dans les cas particuliers où les accords qui relèvent du présent règlement ont néanmoins des effets incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, la Commission peut retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie. Cela peut notamment se produire lorsque toute incitation à l'innovation est exclue ou lorsque l'accès au marché est entravé.

(17) Le règlement (CE) nº 1/2003 habilite les autorités compétentes des États membres à retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie aux accords de transfert de technologie produisant des effets incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, du traité sur leur territoire respectif ou sur une partie de ce territoire qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct. Les États membres doivent s'assurer que l'exercice de ce pouvoir de retrait ne porte pas préjudice à l'application uniforme, dans tout le marché commun, des règles de concurrence communautaires et au plein effet des actes pris en application de ces règles.

(18) Pour renforcer le contrôle des réseaux parallèles d'accords de transfert de technologie qui ont des effets restrictifs similaires et qui couvrent plus de 50 % d'un marché donné, la Commission peut déclarer le présent règlement inapplicable à des accords de transfert de technologie contenant des restrictions déterminées qui sont pratiquées sur le marché concerné, restaurant ainsi la pleine application de l'article 81 à l'égard de ces accords.

(19) Le présent règlement ne couvre que les accords de transfert de technologie entre un donneur et un preneur de licence. Il couvre de tels accords même lorsque ceux-ci contiennent des conditions applicables à plus d'un niveau commercial, par exemple lorsqu'ils imposent au preneur de la licence l'obligation de mettre sur pied un système de distribution particulier et définissent les obligations que le preneur doit ou peut imposer aux revendeurs des produits fabriqués sous licence. Toutefois, ces conditions et obligations doivent respecter les règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution. Les accords de fourniture et de distribution conclus entre un preneur de licence et ses acheteurs ne sont pas exemptés par le présent règlement. Ils ne sont exemptés que s'ils sont couverts par un règlement d'exemption par catégorie applicable à des accords de fourniture et de distribution.

(20) Le présent règlement s'applique sans préjudice de l'application de l'article 82.

A ARRÊTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT:

*Article premier*

**Définitions**

1. Aux fins du présent règlement, on entend par:

a) «accord»: un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée;

b) «accord de transfert de technologie»: un accord de licence de brevet, un accord de licence de savoir-faire, un accord de licence de droits d'auteur sur logiciels ou un accord mixte de licence de brevet, de savoir-faire ou de droits d'auteur sur logiciels, y compris les accords contenant des dispositions relatives à la vente et à l'achat de produits ou à la concession d'une licence pour d'autres droits de propriété intellectuelle ou à la cession de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de l'accord et qu'elles soient directement liées à la fabrication ou à la fourniture des produits contractuels. Les cessions de brevets, de savoir-faire, de droits d'auteur sur logiciels ou d'une combinaison de ces éléments, sous réserve que le risque lié à l'exploitation de la technologie soit supporté par le cédant, notamment lorsque le montant dû au titre de la cession dépend du chiffre d'affaires réalisé par le cessionnaire avec les produits fabriqués ou fournis à l'aide de la technologie cédée, de la quantité de produits fabriquée ou du nombre d'opérations réalisées à l'aide de la technologie concernée, seront également considérées comme des accords de transfert de technologie;

c) «produit»: un bien et/ou un service, qu'ils soient finals ou intermédiaires;

d) «produits contractuels»: les produits fabriqués ou fournis à l'aide de la technologie concédée sous licence;

e) «droits de propriété intellectuelle»: les droits de propriété industrielle, le droit d'auteur et les droits voisins;

f) «brevets»: les brevets, «applications de brevets», «modèles d'utilité», «demandes d'enregistrement de modèles d'utilité», «dessins», «topographies de produits semi-conducteurs», «certificats de protection supplémentaire pour produits pharmaceutiques ou autres produits susceptibles d'en bénéficier» et «certificats d'obtention végétale»;

g) «savoir-faire»: un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées. Dans ce contexte, «secret» signifie que le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible, «substantiel» signifie que le savoir-faire comprend des informations indispensables à la fabrication ou à la fourniture des produits contractuels, et «identifié» signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité;

h) «entreprises concurrentes»: des entreprises qui sont en concurrence sur le marché de technologies en cause et/ou sur le marché de produits en cause:

— des entreprises sont en concurrence sur le «marché de technologies en cause» si elles concèdent sous licence des technologies concurrentes (concurrents réels sur le marché de technologies);

— des entreprises sont en concurrence sur le «marché de produits en cause» si elles opèrent toutes deux sur les marchés de produits et les marchés géographiques sur lesquels les produits contractuels sont vendus (concurrents réels sur le marché de produits), ou si, pour des motifs réalistes, elles seraient prêtes à consentir les investissements supplémentaires nécessaires ou à supporter les coûts de transformation nécessaires pour pénétrer sur les marchés de produits et les marchés géographiques en cause à la suite d'une augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs (concurrents potentiels sur le marché de produits);

i) «système de distribution sélective»: un système de distribution dans lequel le donneur de la licence s'engage à concéder la fabrication ou la fourniture des biens ou des services contractuels uniquement à des preneurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces preneurs s'engagent à ne pas vendre les produits contractuels à des distributeurs non agréés.

2. Les termes «entreprise», «donneur de licence» et «preneur de licence» engloberont les entreprises liées respectives.

Les «entreprises liées» sont:

a) les entreprises dans lesquelles une partie à l'accord dispose directement ou indirectement:

i) de plus de la moitié des droits de vote ou

ii) soit du pouvoir de désigner plus de la moitié des membres du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou des organes représentant légalement l'entreprise,

iii) soit du droit de gérer les affaires de l'entreprise;

b) les entreprises qui disposent directement ou indirectement, dans une entreprise partie à l'accord, des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);

c) les entreprises dans lesquelles une entreprise visée au point b) dispose directement ou indirectement des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);

d) les entreprises dans lesquelles une entreprise partie à l'accord et une ou plusieurs des entreprises visées aux points a), b) ou c), ou deux ou plusieurs de ces dernières, disposent ensemble des droits ou des pouvoirs énumérés au point a);

e) les entreprises dans lesquelles les droits ou les pouvoirs énumérés au point a) sont détenus conjointement par:

i) des parties à l'accord ou leurs entreprises liées respectives visées aux points a) à d) ou

ii) une ou plusieurs des parties à l'accord ou une ou plusieurs de leurs entreprises liées visées aux points a) à d) et une ou plusieurs parties tierces.

*Article 2*

**Exemption**

Conformément à l'article 81, paragraphe 3, du traité et dans les conditions prévues par le présent règlement, l'article 81, paragraphe 1, dudit traité est déclaré inapplicable aux accords de transfert de technologie qui sont conclus entre deux ou plusieurs entreprises et portent sur la fabrication ou la fourniture des produits contractuels.

La présente exemption s'applique dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions de concurrence tombant sous le coup de l'article 81, paragraphe 1. L'exemption sera applicable tant que le droit de propriété intellectuelle sur la technologie concédée n'aura pas expiré ou été invalidé, ou, dans le cas du savoir-faire, tant qu'il demeurera secret, sauf si le savoir-faire est rendu public du fait du preneur de licence, auquel cas l'exemption sera applicable pendant toute la durée de l'accord.

*Article 3*

**Seuils de part de marché**

1. Lorsque les entreprises parties à un accord de transfert de technologie sont des entreprises concurrentes, l'exemption prévue à l'article 2 sera applicable à condition que la part de marché cumulée détenue par les parties soit sur un marché de technologies en cause, soit sur un marché de produits en cause, ne soit pas supérieure à 20 %.

2. Lorsque les entreprises parties à un accord de transfert de technologie sont des entreprises non concurrentes, l'exemption prévue à l'article 2 sera applicable à condition que la part détenue par chacune des parties sur les marchés de technologies et les marchés de produits en cause ne soit pas supérieure à 30 %.

3. Aux fins des paragraphes 1 et 2, la part de marché d'une partie sur les marchés de technologies en cause sera définie en termes de présence de la technologie concédée sur les marchés de produits en cause. La part de marché détenue par un donneur de licence sur les marchés de technologies en cause sera égale à la part de marché cumulée, sur les marchés de produits en cause, des produits contractuels fabriqués ou fournis par le donneur de la licence et les preneurs de celle-ci.

*Article 4*

**Restrictions caractérisées**

1. Lorsque les entreprises parties à l'accord sont des entreprises concurrentes, l'exemption prévue à l'article 2 ne sera pas applicable aux accords qui, directement ou indirectement, individuellement ou combinés à d'autres facteurs contrôlés par les parties, ont pour objet:

a) la restriction de la capacité des parties à déterminer leurs prix de vente à des tiers,

b) la limitation de la production ou des ventes, exception faite de la limitation de la production des produits contractuels imposée au preneur dans un accord non réciproque;

c) la répartition des marchés ou des clients, sauf:

i) pour ce qui est de l'obligation imposée au preneur de la licence dans un accord non réciproque de n'exploiter la technologie concédée que dans un ou plusieurs domaines techniques d'utilisation ou sur un ou plusieurs marchés de produits;

ii) pour ce qui est de la condition imposée au preneur de la licence de ne fabriquer ou fournir les produits contractuels que pour son propre usage, y compris lorsque les produits contractuels sont vendus en tant que pièces de rechange pour ses propres produits;

d) la restriction de la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie ou la restriction de la capacité des parties à l'accord à effectuer de la recherche-développement, sauf si cette restriction est indispensable pour empêcher la divulgation du savoir-faire concédé à des tiers.

2. Lorsque les entreprises parties à l'accord ne sont pas des entreprises concurrentes, l'exemption prévue à l'article 2 ne sera pas applicable aux accords qui, directement ou indirectement, individuellement ou combinés à d'autres facteurs contrôlés par les parties, ont pour objet:

a) la restriction de la capacité d'une partie à déterminer ses prix de vente à des tiers, sans préjudice de la possibilité d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal imposé à la suite d'une pression exercée par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle;

b) des restrictions concernant le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, le preneur peut vendre les biens ou services contractuels, sauf:

i) la restriction des ventes sur un territoire exclusif ou à un groupe d'acheteurs exclusif, pour lesquels le donneur s'est réservé les ventes;

ii) la restriction des ventes actives sur un territoire exclusif ou à un groupe d'acheteurs exclusif que le donneur a réservé à un autre preneur;

iii) la condition imposée au preneur de la licence de ne fabriquer ou fournir les produits contractuels que pour son propre usage, y compris lorsque les produits contractuels sont vendus en tant que pièces de rechange pour ses propres produits;

iv) la restriction des ventes aux utilisateurs finals par un preneur qui opère en tant que grossiste sur le marché;

v) la restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés;

c) la restriction des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les preneurs membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé;

*Article 5*

**Conditions applicables**

1. L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique à aucune des obligations suivantes contenues dans des accords de transfert de technologie:

a) toute obligation directe ou indirecte imposée au preneur d'accorder au donneur ou à un tiers désigné par celui-ci une licence exclusive sur les améliorations dissociables que le preneur aura lui-même apportées ou sur les nouvelles applications de la technologie concédée qu'il aura mises en œuvre;

b) toute obligation directe ou indirecte imposée au preneur de céder au donneur ou à un tiers désigné par celui-ci des droits sur des améliorations ou sur des nouvelles applications de la technologie concédée;

c) toute obligation directe ou indirecte de ne pas mettre en cause la validité ou contester la confidentialité ou la substantialité des droits de propriété intellectuelle que le preneur détient dans le marché commun, sans préjudice de la possibilité de résilier l'accord de transfert de technologie si le preneur met en cause la validité ou conteste la confidentialité ou la substantialité des droits de propriété intellectuelle concédés.

2. L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique à aucune obligation directe ou indirecte imposée au preneur de limiter la production des produits contractuels dans le cadre d'un accord de transfert de technologie non réciproque entre entreprises concurrentes.

3. L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas, lorsque les entreprises parties à l'accord ne sont pas des concurrents, aux obligations directes ou indirectes limitant la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie ou la capacité des parties à l'accord à effectuer de la recherche-développement, sauf si cette dernière restriction est indispensable pour empêcher la divulgation du savoir-faire concédé à des tiers.

*Article 6*

**Retrait du bénéfice de l'application du règlement**

1. Conformément à l'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003, la Commission peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement si elle constate que, dans un cas déterminé, des accords de transfert de technologie exemptés en vertu du présent règlement ont cependant des effets qui sont incompatibles avec les conditions prévues par l'article 81, paragraphe 3, du traité, et notamment lorsque:

a) l'accès au marché de technologies appartenant à des tiers est restreint, par exemple en raison de l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords restrictifs similaires interdisant aux preneurs d'utiliser les technologies de tiers;

b) l'accès au marché de preneurs potentiels est restreint, par exemple en raison de l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords restrictifs similaires interdisant aux donneurs d'accorder des licences à d'autres preneurs;

c) sans raison objectivement valable, les parties n'exploitent pas la technologie concédée.

2. Lorsque, dans un cas déterminé, un accord de transfert de technologie auquel l'exemption prévue à l'article 2 s'applique produit des effets incompatibles avec les conditions prévues par l'article 81, paragraphe 3, du traité sur le territoire d'un État membre, ou sur une partie de ce territoire qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct, l'autorité de concurrence de cet État membre peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement sur ce territoire, dans les conditions prévues au paragraphe 1.

*Article 7*

**Non-application du règlement**

1. Conformément à l'article 1er *bis* du règlement no 19/65/CEE, la Commission peut déclarer, par voie de règlement, lorsque des réseaux parallèles d'accords de transfert de technologie similaires couvrent plus de 50 % d'un marché en cause, que le présent règlement ne s'applique pas aux accords de transfert de technologie qui comportent des restrictions spécifiques concernant ce marché.

2. Tout règlement adopté en vertu du paragraphe 1 ne pourra entrer en vigueur que six mois après son adoption.

*Article 8*

**Application des seuils de part de marché**

1. Aux fins de l'application des seuils de part de marché prévus à l'article 3, les règles suivantes sont applicables:

a) la part de marché est calculée sur la base de la valeur des ventes réalisées sur le marché; en l'absence de données relatives à la valeur des ventes sur le marché, la détermination de la part de marché de l'entreprise concernée peut s'effectuer sur la base d'estimations fondées sur d'autres informations fiables concernant le marché, notamment le volume des ventes;

b) la part de marché est calculée sur la base des données relatives à l'année civile précédente;

c) la part de marché détenue par les entreprises visées à l'article premier, paragraphe 2, point e), doit être imputée à parts égales à chaque entreprise disposant des droits ou des pouvoirs énumérés à l'article premier, paragraphe 2, point a).

2. Si la part de marché visée à l'article 3, paragraphe 1, ou à l'article 3, paragraphe 2, est initialement inférieure ou égale à 20 % ou 30 % respectivement, mais franchit ensuite ces seuils sans dépasser 25 % ou 35 % respectivement, l'exemption prévue à l'article 2 continue à s'appliquer pendant deux années civiles consécutives suivant l'année au cours de laquelle le seuil de 20 % ou de 30 % a été dépassé pour la première fois.

3. Si la part de marché visée à l'article 3, paragraphe 1, ou à l'article 3, paragraphe 2, est initialement inférieure ou égale à 20 % ou 30 % respectivement, mais dépasse ensuite 25 % ou 35 % respectivement, l'exemption prévue à l'article 2 continue à s'appliquer pendant une année civile suivant l'année au cours de laquelle le niveau de 25 % ou de 35 % a été dépassé pour la première fois.

4. Le bénéfice des paragraphes 2 et 3 ne peut être cumulé de manière à dépasser une durée de deux années civiles.

*Article 9*

**Période de transition**

1. Le règlement (CE) no 240/96 est abrogé avec effet au 1er mai 2004.

2. L'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, du traité ne s'applique pas, pendant la période allant du 1er mai 2004 au 31 octobre 2005, aux accords déjà en vigueur au 30 avril 2004 qui ne remplissent pas les conditions d'exemption prévues par le présent règlement, mais satisfont à celles qui sont prévues par le règlement (CE) no 240/96 au 30 avril 2004.

*Article 10*

**Durée de validité**

Le présent règlement entre en vigueur le 1er mai 2004.

Il expire le 30 avril 2004.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Fait à Bruxelles, . . .

# Projet de lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie

## I. INTRODUCTION

1. Les présentes lignes directrices définissent les principes régissant l'appréciation des accords de transfert de technologie en vertu de l'article 81 du traité. Les accords de transfert de technologie portent sur la concession de licences relatives à des technologies, dans le cadre desquelles le donneur de licence autorise le preneur à exploiter la technologie concédée pour la fabrication ou la fourniture de biens ou de services, conformément aux définitions figurant dans le règlement (CE) n° . . ./2004 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie (règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie) ([1]).

2. Ces lignes directrices ont pour objectif de fournir des orientations sur l'application du règlement d'exemption par catégorie, ainsi que sur l'application de l'article 81 aux accords de transfert de technologie n'entrant pas dans le champ d'application de ce règlement, sans préjudice d'une application parallèle éventuelle de l'article 82 du traité aux accords de licence. L'application de l'article 81, paragraphe 3, à une demande individuelle ou à une exemption par catégorie ne préjuge pas de l'application de l'article 82 ([2]).

3. Les critères exposés dans les présentes lignes directrices doivent être appliqués en fonction des circonstances propres à chaque cas, ce qui exclut toute application mécanique. Chaque cas doit être apprécié en fonction de ses caractéristiques propres et les lignes directrices doivent être appliquées de façon raisonnable et flexible. La Commission observera comment le règlement et les lignes directrices sont appliqués, pour voir s'il convient éventuellement d'y apporter des modifications.

4. Les présentes lignes directrices sont applicables sans préjudice de l'interprétation de l'article 81 qui pourrait être donnée par la Cour de justice et par le Tribunal de première instance.

## II. PRINCIPES GÉNÉRAUX

### 1. L'article 81 et les droits de propriété intellectuelle

5. L'objectif global de l'article 81 est de sauvegarder la concurrence sur le marché afin de promouvoir le bien-être des consommateurs ainsi qu'une répartition efficace des ressources. L'article 81, paragraphe 1, interdit tous accords et pratiques concertées entre entreprises et toutes décisions d'associations d'entreprises ([3]) qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres ([4]) et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ([5]). En dérogation à cette règle, l'article 81, paragraphe 3, stipule que les dispositions de l'article 81, paragraphe 1, peuvent être déclarées inapplicables aux accords qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du produit qui en résulte, et qui n'imposent pas des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et ne donnent pas aux entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

6. La législation sur la propriété intellectuelle confère des droits exclusifs aux titulaires de brevets, de droits d'auteur, de droits de dessin, de marques déposées et d'autres droits protégés par la loi. Le titulaire de droits de propriété intellectuelle est habilité à empêcher toute utilisation non autorisée de sa propriété intellectuelle et à l'exploiter, notamment en la concédant sous licence à des tiers. Dès lors qu'un produit comportant un droit de propriété intellectuelle a été mis sur le marché dans l'EEE par le titulaire du droit ou avec son consentement, le droit de propriété intellectuelle est épuisé en ce sens que le titulaire ne peut plus l'utiliser pour contrôler la vente du produit en question ([6]). Le donneur de la licence ne possède aucun droit légalement protégé d'empêcher la vente, par les preneurs de la licence ou par des acheteurs, de produits comportant la technologie concédée. En revanche, la vente de copies d'une œuvre protégée n'entraîne pas l'épuisement des droits d'exécution, y compris les droits de location, de cette œuvre ([7]). Le principe de l'épuisement d'un droit est conforme à la fonction essentielle des droits de propriété intellectuelle, qui est d'accorder au titulaire le droit d'empêcher d'autres personnes d'exploiter sa propriété intellectuelle sans son consentement.

7. Le fait que la législation sur la propriété intellectuelle accorde des droits d'exploitation exclusifs ne signifie pas que les droits de propriété intellectuelle soient exclus de l'application du droit de la concurrence. Les articles 81 et 82 sont applicables aux accords par lesquels le donneur concède à une autre entreprise une licence d'exploitation de ses droits de propriété intellectuelle ([8]). Cela ne signifie pas non plus qu'il y ait un conflit intrinsèque entre les droits de propriété intellectuelle et les règles de concurrence communautaires. En effet, ces deux corpus législatifs ont le même objectif fondamental, qui est de promouvoir le bien-être des consommateurs ainsi qu'une répartition efficace des ressources. L'innovation constitue une composante essentielle et dynamique d'une économie de marché ouverte et concurrentielle. Les droits de propriété intellectuelle favorisent une concurrence dynamique, en encourageant les entreprises à investir dans le développement de produits et de processus nouveaux ou améliorés. C'est aussi ce que fait la concurrence, puisqu'elle pousse les entreprises à innover. C'est pourquoi tant les droits de propriété intellectuelle que la concurrence sont nécessaires pour promouvoir l'innovation et assurer qu'elle soit exploitée dans des conditions concurrentielles.

8. L'appréciation en vertu de l'article 81 ne s'attache pas uniquement à la situation qui prévaudra après la concession des droits, où le droit exclusif peut réduire le niveau de rivalité sur le marché. Afin de ne pas faire obstacle à une concurrence dynamique, il ne faut pas oublier que la création de droits de propriété intellectuelle implique fréquemment des investissements substantiels et qu'il s'agit souvent d'un effort comportant des risques. De nombreux droits de propriété intellectuelle n'ont qu'une faible valeur commerciale. Afin de maintenir l'incitation à innover, l'innovateur ne doit donc pas être indûment limité dans l'exploitation des droits de propriété intellectuelle qui s'avéreront posséder de la valeur.

9. Lorsqu'elle apprécie des accords de concession de licence en vertu de l'article 81, la Commission applique en principe aux droits de propriété intellectuelle le même cadre d'analyse qu'aux autres types de propriété. Ce cadre est suffisamment souple pour lui permettre de tenir compte des aspects dynamiques des licences de technologie. Cela signifie notamment qu'elle ne présume jamais que les droits de propriété intellectuelle et les accords de licence posent en soi des problèmes de concurrence. Des accords de licence peuvent ne pas restreindre la concurrence et n'entraîner que des gains d'efficience favorables à la concurrence. Par ailleurs, des accords de licence restrictifs peuvent souvent entraîner des gains d'efficience favorables à la concurrence, qui doivent être examinés en vertu de l'article 81, paragraphe 3, et mis en regard des effets négatifs sur la concurrence que pourraient avoir de tels accords restrictifs ([9]).

## 2. **Cadre général d'application de l'article 81**

10. L'article 81, paragraphe 1, s'applique tant aux restrictions de concurrence entre les parties à un accord qu'aux restrictions de concurrence entre les parties ou l'une des parties à un accord et des tiers. Les restrictions de la concurrence peuvent être soit des restrictions par objet ou des restrictions par effet. Les restrictions de la concurrence par objet sont celles qui, de par leur nature même, restreignent la concurrence. Il s'agit de restrictions qui, compte tenu des objectifs des règles de concurrence communautaires, sont présumées avoir des effets négatifs sur la concurrence et dont il est donc superflu de démontrer les effets réels sur le marché aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1 ([10]). En outre, il est peu probable que, dans le cas des restrictions par objet, les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, soient remplies. Plusieurs facteurs permettent d'apprécier si un accord a ou non pour objet de restreindre la concurrence. Il s'agit notamment du contenu de l'accord et des buts objectifs qu'il poursuit. Il peut aussi s'avérer nécessaire d'examiner le contexte dans lequel il sera appliqué ou du comportement effectif des parties sur le marché ([11]). La façon dont un accord est effectivement mis en œuvre peut révéler une restriction par objet même si l'accord formel ne contient aucune disposition expresse à cet effet. La preuve de l'intention subjective des parties de restreindre la concurrence constitue un facteur pertinent, mais non une condition nécessaire. Pour les accords de licence, la Commission estime que les restrictions citées figurant dans la liste des restrictions caractérisées de la concurrence citées à l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie constituent des restrictions de par leur objet même.

11. Pour que des accords de licence restreignent la concurrence de par leur effet, ils doivent pouvoir affecter la concurrence dans une mesure telle que l'on puisse s'attendre, avec un degré de probabilité raisonnable, à ce qu'il y ait des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou la variété et la qualité des biens et des services sur le marché en cause. Les effets négatifs probables sur la concurrence doivent être sensibles ([12]). Un accord est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels lorsque l'une au moins des parties possède ou obtient une certaine puissance de marché et que l'accord contribue à la création, au maintien ou au renforcement de cette puissance ou permet aux parties d'exploiter leur puissance de marché. La puissance de marché se définit comme la capacité de maintenir les prix à un niveau supérieur à celui de prix compétitifs, ou la production à un niveau inférieur à ce que devrait être une production compétitive en termes de quantités, de qualité et de variété des produits ainsi que d'innovation, et ce pendant une période prolongée.

12. Les accords de licence peuvent contribuer à la création, au maintien ou au renforcement d'une puissance de marché en restreignant la concurrence entre les parties ou la concurrence émanant de tiers. Lors de l'appréciation des effets négatifs possibles sur la concurrence, il importe de tenir compte non seulement des effets sur les prix et sur la production, mais également de toute incidence négative sur l'innovation. Les accords de licence qui ont une incidence négative sensible sur l'innovation chez les parties à l'accord ou chez des tiers entrent dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1.

13. Pour analyser les effets restrictifs d'un accord, il est normalement nécessaire de définir le marché en cause et d'examiner et apprécier, entre autres, la nature des produits et des technologies concernés, la position des parties sur le marché, la position des concurrents sur le marché, la position des acheteurs sur le marché, la présence de concurrents potentiels et l'importance des barrières à l'entrée.

14. L'appréciation du caractère éventuellement restrictif de concurrence d'un accord de licence doit se faire en fonction du contexte réel dans lequel une concurrence s'exercerait si l'accord et ses restrictions présumées n'existaient pas ([13]). Lors de cette appréciation, il est nécessaire de tenir compte de l'incidence probable de l'accord présumé restrictif sur la concurrence intertechnologique (c'est-à-dire la concurrence entre des entreprises utilisant des technologies concurrentes) et la concurrence intratechnologique (c'est-à-dire la concurrence entre des entreprises utilisant la même technologie) ([14]). Pour déterminer l'incidence de l'accord sur la concurrence, il faut poser les deux questions suivantes:

a) L'accord restreint-il une concurrence réelle ou potentielle qui aurait pu exister si aucune licence n'avait été concédée? Dans l'affirmative, l'accord entre normalement dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, pour autant qu'il soit susceptible d'affecter sensiblement les échanges entre États membres. Par exemple, lorsque deux entreprises établies dans des États membres différents se concèdent des licences croisées sur des technologies concurrentes et s'engagent à ne pas vendre de produits sur leurs marchés nationaux respectifs, la concurrence (potentielle) qui existait avant l'accord est restreinte. De même, lorsqu'un donneur impose à ses preneurs de ne pas utiliser de technologies concurrentes et que ces obligations ont pour effet d'exclure des technologies tierces, la concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé si l'accord n'avait pas été conclu, est restreinte.

b) L'accord restreint-il une concurrence qui aurait existé en l'absence de ses restrictions présumées de la concurrence? Pour répondre à cette question, il faut déterminer si la restriction est ou n'est pas objectivement nécessaire à la conclusion de l'accord. Dans l'affirmative, l'accord et ses restrictions n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1. Cet examen doit se faire sur la base de facteurs objectifs extérieurs aux parties et non sur la base des opinions subjectives et des caractéristiques des parties. Il ne s'agit pas de savoir si les parties, dans la situation qui est la leur, auraient accepté de conclure un accord moins restrictif, mais si, compte tenu de la nature de l'accord et des caractéristiques du marché, des entreprises se trouvant dans une situation similaire, auraient conclu un accord moins restrictif. C'est ainsi que dans un accord entre non concurrents, des restrictions territoriales peuvent ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, si elles sont objectivement nécessaires pour que des entreprises puissent pénétrer sur un nouveau marché. L'affirmation selon laquelle s'il n'y avait pas eu de restrictions, le fournisseur aurait eu recours à l'intégration verticale, ne suffit pas. La décision d'avoir ou non recours à l'intégration verticale dépend d'un grand nombre de facteurs économiques complexes, dont certains sont internes à l'entreprise concernée. Le fait d'avoir dès l'abord opté pour la coopération plutôt que pour l'intégration verticale montre de toute façon déjà généralement que celle-ci ne constituait pas une option viable.

15. Toutefois, les accords de licence ne sont pas seulement susceptibles d'avoir une incidence anticoncurrentielle. Ils ont également un fort potentiel proconcurrentiel. En effet, ils peuvent favoriser l'innovation en permettant aux innovateurs d'obtenir un rendement couvrant au moins une partie de leurs coûts de recherche-développement. Les accords de licence peuvent également entraîner la diffusion de technologies, ce qui crée de la valeur en réduisant les coûts de production du preneur de la licence ou en lui permettant de fabriquer des produits nouveaux ou améliorés. Les gains d'efficience réalisés au niveau du preneur proviennent normalement d'une combinaison de la technologie du donneur et des actifs et des technologies du preneur. Une telle intégration d'actifs complémentaires peut entraîner une configuration coûts/production qui ne serait pas possible autrement. Par exemple, la combinaison des technologies améliorées appartenant au donneur de licence et d'actifs de production et de distribution plus efficaces appartenant au preneur peut permettre de réduire les coûts de production ou de fabriquer un produit de meilleure qualité.

16. Les effets favorables à la concurrence des accords de licence et leurs effets restrictifs doivent être mis en regard, à la lumière de l'article 81, paragraphe 3. Si les quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont remplies, l'accord de licence restrictif en cause est valable et applicable, et aucune décision préalable à cet effet n'est requise ([15]). Les restrictions caractérisées de la concurrence ne remplissent que très exceptionnellement les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. En général, de tels accords ne remplissent pas (au moins) l'une des deux premières conditions. Ils n'apportent généralement pas d'avantages économiques objectifs ni d'avantages pour les consommateurs. En outre, les accords de ce type ne satisfont pas non plus à la troisième condition, qui a trait au caractère indispensable des restrictions. Par exemple, si deux concurrents se concèdent mutuellement des licences sur leurs technologies respectives et, dans le cadre de cet accord, limitent leurs prix ou leur production respectifs pour les produits fabriqués à l'aide de ces technologies, cela entraînera normalement une production plus faible et une mauvaise répartition des ressources, ainsi que des prix plus élevés pour les consommateurs. Les restrictions relatives aux prix et à la production ne sont pas non plus indispensables pour réaliser les gains d'efficience rendus possibles par le fait que les deux concurrents disposent des deux technologies.

## 3. **Définition du marché**

17. L'approche de la Commission en matière de définition du marché en cause figure dans sa communication sur la définition du marché ([16]). Les présentes lignes directrices abordent uniquement les aspects de la définition du marché qui présentent une importance particulière dans le domaine des accords de licence de technologies.

18. La technologie est un facteur de production qui est intégré soit dans un produit soit dans un processus de production. La concession de technologies sous licence peut donc affecter la concurrence sur le marché tant des facteurs de production que des produits finis. Un accord entre deux parties qui vendent des produits concurrents et qui s'accordent des licences croisées pour les technologies utilisées pour la fabrication de ces produits, peut restreindre la concurrence sur le marché de produits en cause. Il peut également restreindre la concurrence sur le marché des technologies et éventuellement aussi sur les marchés d'autres facteurs de production. Pour apprécier les effets des accords de licence sur la concurrence, il peut donc s'avérer nécessaire de définir les marchés de biens et de services en cause (marchés de produits), mais aussi les marchés de technologies ([17]). Le terme «marché de produits» utilisé à l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie se réfère aux marchés de biens et de services, à la fois sous leur aspect géographique et sous leur aspect matériel de «produits». Ainsi qu'il ressort clairement de l'article premier, paragraphe 1, point h), du règlement, ce terme n'est utilisé que pour distinguer les marchés de biens et de services en cause des marchés de technologies en cause.

19. Les marchés de produits comprennent notamment les produits finals et intermédiaires comportant la technologie concédée, ainsi que leurs substituts.

20. Les marchés de technologies comprennent la technologie concédée sous licence et ses substituts, c'est-à-dire d'autres technologies que les clients pourraient utiliser à la place. La méthode utilisée pour définir les marchés de technologies repose sur les mêmes principes que celle utilisée pour définir les marchés de produits. À partir de la technologie commercialisée par les parties, il convient d'identifier les autres technologies que les clients pourraient utiliser en réaction à une augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs, c'est-à-dire des redevances.

21. Une fois les marchés en cause définis, il convient d'attribuer des parts de marché aux différentes sources de concurrence qui y opèrent; elles indiqueront la puissance relative des différents opérateurs. Dans le cas des marchés de technologies, une façon de procéder consiste à calculer les parts de marché sur la base de la part de chaque technologie dans les redevances totales, qui représente la part d'une technologie sur un marché où différentes technologies concurrentes sont concédées sous licence. Une autre approche, qui est celle utilisée à l'article 3, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, consiste à calculer les parts détenues sur le marché de technologies sur la base des ventes de produits comportant la technologie concédée sur les marchés de produits situés en aval. Avec cette approche, toutes les ventes sont prises en considération, que le produit comporte ou non une technologie concédée sous licence. En tenant compte des technologies qui sont utilisées (seulement) en interne, l'article 3, paragraphe 3, s'écarte de la pratique courante ([18]). Toutefois dans le cas des marchés de technologies, l'approche adoptée à l'article 3, paragraphe 3, est considérée comme justifié. En effet, cette approche constitue souvent un bon indicateur de la puissance de la technologie. Premièrement, elle englobe la concurrence potentielle d'entreprises fabriquant les produits avec leur propre technologie et qui sont susceptibles de commencer à concéder celle-ci sous licence en réaction à une augmentation légère, mais permanente, du prix des licences. Deuxièmement, même s'il est peu probable que d'autres détenteurs de technologies commencent à les concéder sous licence, le donneur de licence n'est pas nécessairement puissant sur le marché de technologies, même s'il possède une part élevée des revenus des licences. Si le marché de produits situé en aval est concurrentiel, la concurrence qui s'exerce à ce niveau peut effectivement peser sur le donneur de licence. Une augmentation des redevances en amont pèse sur les coûts du preneur de licence, ce qui le rend moins concurrentiel et lui fait perdre des ventes. La part détenue par une technologie sur un marché de produits reflète également cet élément et constitue donc normalement un bon indicateur de la puissance de marché du donneur de licence. Toutefois, dans certains cas n'entrant pas dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, il peut s'avérer nécessaire d'appliquer les deux approches décrites ci-dessus, afin d'apprécier avec précision la puissance de marché du donneur de licence.

22. Certains accords de licence peuvent avoir une incidence sur l'innovation. Toutefois, lorsqu'elle analyse cette incidence, la Commission se limite normalement à examiner l'impact de l'accord sur la concurrence sur les marchés de produits et de technologies existants ([19]). La concurrence sur ces marchés existants peut être affectée par des accords qui retardent l'introduction de produits améliorés ou de nouveaux produits qui, à terme, remplaceront les produits existants. Dans ce cas de figure, l'innovation constitue une source de concurrence potentielle qui doit être prise en compte lors de l'appréciation de l'incidence de l'accord sur les marchés de produits et des marchés de technologies. Toutefois, dans un nombre limité de cas, il peut être utile et nécessaire de définir des marchés de l'innovation. C'est notamment le cas lorsque l'accord affecte l'innovation destinée à créer de nouveaux produits et lorsqu'il est possible de déterminer très tôt des pôles de recherche et de développement ([20]). On peut alors déterminer si, après l'accord, il restera suffisamment de pôles de recherche et de développement concurrents pour qu'une concurrence effective subsiste dans le domaine de l'innovation.

### 4. **Distinction entre concurrents et non-concurrents**

23. En général, les accords entre concurrents comportent des risques plus grands pour la concurrence que les accords entre non-concurrents. Toutefois, la concurrence entre les entreprises qui utilisent une même technologie (concurrence intratechnologique) constitue un complément important à la concurrence entre les entreprises qui utilisent des technologies concurrentes (concurrence intertechnologique). La concurrence intratechnologique peut par exemple entraîner des prix plus faibles pour les produits comportant la technologie en cause, ce qui peut non seulement procurer des avantages directs et immédiats aux consommateurs de ces produits, mais également aiguillonner la concurrence entre entreprises utilisant des technologies concurrentes. Dans le contexte de la concession de licences, il faut également tenir compte du fait que les preneurs de licence vendent leur propre produit. Ils ne revendent pas un produit fourni par une autre entreprise. Il se peut donc qu'il existe de plus grandes possibilités de différenciation des produits et de concurrence basée sur la qualité entre preneurs de licence que dans le cas d'accords verticaux portant sur la revente de produits.

24. Afin de déterminer la relation concurrentielle entre les parties, il convient d'examiner si elles auraient été des concurrents réels ou potentiels au cas où l'accord n'aurait pas existé. Si, au cas où l'accord n'aurait pas été conclu, les parties n'auraient été des concurrents réels ou potentiel sur aucun marché en cause, on considère qu'elles ne sont pas des concurrents. Si, en revanche, le donneur et le preneur de la licence opèrent tout deux sur le même marché de produits ou le même marché de technologies, ils sont des concurrents réels sur le marché concerné. Les parties sont considérées comme des concurrents potentiels sur le marché de produits si, en l'absence d'accord, elles auraient probablement engagé les investissements supplémentaires nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause en réaction à une augmentation légère, mais permanente, des prix des produits. Les parties sont par exemple susceptibles d'être considérées comme des concurrents potentiels sur le marché de produits lorsque le preneur fabrique ses produits à l'aide de sa propre technologie sur un marché géographique et commence à produire sur un autre marché géographique avec une technologie concurrente. Dans ce cas, il est probable que le preneur aurait pu pénétrer sur le second marché géographique, sauf si cette entrée s'était avérée impossible pour des raisons objectives. Les parties sont considérées comme des concurrents potentiels sur un marché de technologies lorsqu'elles possèdent des technologies substituables, même si, dans le cas en cause, le preneur ne concède pas sa propre technologie sous licence, à condition qu'il soit susceptible de le faire en réaction à une augmentation légère, mais permanente, des prix de la technologie en cause.

25. Si les parties possèdent des technologies qui sont dans une position de blocage unilatéral ou bilatéral, elles sont considérées comme n'étant pas des concurrents sur le marché de technologies. Il y a situation de blocage unilatéral lorsqu'une technologie ne peut pas être exploitée sans empiéter sur une autre technologie. C'est par exemple le cas lorsqu'un brevet couvre une amélioration d'une technologie couverte par un autre brevet. Dans ce cas, l'exploitation du brevet couvrant l'amélioration présuppose que le titulaire obtienne une licence pour le brevet de base. Il y a situation de blocage bilatéral lorsque aucune des deux technologies ne peut être exploitée sans empiéter sur l'autre et lorsque les titulaires doivent donc obtenir une licence ou une dérogation l'un de l'autre. Pour déterminer s'il y a une situation de blocage, la Commission s'appuie sur des facteurs objectifs, et non sur l'opinion subjective des parties. Elle part du principe que les détenteurs de technologies qui, d'un point de vue technique, sont substituables à d'autres technologies, sont des concurrents potentiels sur le marché de technologies, à moins que les parties n'apportent des preuves convaincantes de l'existence d'une situation de blocage. Dans le cas d'une situation de blocage bilatéral, des preuves particulièrement convaincantes sont requises. Parmi les preuves pertinentes, on peut citer l'arrêt d'un tribunal en la matière ou l'avis d'experts indépendants. Dans ce dernier cas, la Commission examinera soigneusement, notamment, comment l'expert a été choisi.

26. Dans certains cas, il peut également être possible d'établir que si le donneur et le preneur de la licence produisent des produits concurrents, ils ne sont pas concurrents sur le marché de produits et le marché de technologies en cause, parce que la technologie concédée constitue une innovation tellement radicale que la technologie du preneur est devenue obsolète ou non concurrentielle. Dans de tels cas, la technologie du donneur crée un nouveau marché ou exclut celle du preneur du marché. Toutefois, cela est souvent impossible à établir au moment de la conclusion de l'accord. En général, l'ancienne technologie n'apparaît obsolète ou non concurrentielle que lorsque les consommateurs ont accès depuis un certain temps à la nouvelle technologie ou aux produits qui la comportent. Par exemple, lorsque la technologie CD a été développée et que les lecteurs et les disques ont été mis sur le marché, il n'était pas évident que cette nouvelle technologie remplacerait les disques en vinyle. Cela n'est apparu que plusieurs années après. Les parties seront par conséquent considérées comme étant des concurrents si, au moment de la conclusion de l'accord, il n'est pas évident que la technologie du preneur est obsolète ou non concurrentielle. Toutefois, compte tenu du fait que tant l'article 81, paragraphe 1, que l'article 81, paragraphe 3, doivent être appliqués en fonction du contexte réel dans lequel l'accord est conclu, l'appréciation pourra être modifiée en cas d'évolution sensible de la situation. La caractérisation de la relation entre les parties pourra donc être modifiée si, par la suite, la technologie du preneur devient obsolète ou non concurrentielle sur le marché.

## III. APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE

### 1. L'incidence de l'exemption par catégorie

27. Les accords de transferts de technologie remplissant les conditions énoncées dans le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie sont exemptés de l'application de l'interdiction figurant à l'article 81, paragraphe 1. Les accords bénéficiant de l'exemption par catégorie sont légalement valides et applicables. De tels accords ne peuvent être interdits que pour l'avenir et uniquement sur retrait formel de l'exemption par catégorie par la Commission ou par l'autorité de concurrence d'un État membre. Les accords bénéficiant d'une exemption par catégorie ne peuvent pas être invalidés par des juridictions nationales dans le cadre de litiges privés.

28. L'exemption de certaines catégories d'accords de transfert de technologie restrictifs repose sur l'hypothèse que ces accords remplissent les quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. On suppose donc que ces accords permettent de réaliser des gains d'efficience, que les restrictions qu'ils contiennent sont indispensables pour que ces gains d'efficience puissent être atteints, que les consommateurs sur le marché en cause recevront une partie équitable de ces gains d'efficience et que les accords ne donnent pas aux entreprises concernées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Les seuils de parts de marché (article 3), la liste des restrictions caractérisées (article 4) et les conditions (article 5) ont pour but de garantir que seuls les accords dont on peut raisonnablement supposer qu'ils remplissent les quatre conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3, bénéficieront de l'exemption par catégorie.

29. La plupart des accords de transfert de technologie ne restreignent pas la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1. Dans un certain nombre de cas, dont certains sont mentionnés à la section IV ci-dessous, les accords de licence individuels ne relèvent pas de l'article 81, paragraphe 1, soit parce qu'ils ne restreignent nullement le jeu de la concurrence, soit parce que la restriction de la concurrence n'est pas sensible ([21]). Dans la mesure où de tels accords seraient de toutes façons couverts par le règlement d'exemption par catégorie, il n'est pas nécessaire de déterminer s'ils relèvent ou non de l'article 81, paragraphe 1 ([22]).

30. En dehors du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, il convient d'examiner si un accord déterminé relève de l'article 81, paragraphe 1, et, le cas échéant, si les conditions de l'article 81, paragraphe 3, sont remplies. Les accords de transfert de technologie ne bénéficiant pas de l'exemption par catégorie ne sont pas présumés incompatibles avec l'article 81. Il n'y a notamment pas de présomption d'illégalité du simple fait que les parts de marché des parties sont supérieures au seuil défini à l'article 3 du règlement. De tels accords peuvent être non restrictifs ou, même s'ils sont restrictifs, remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. La non-application de l'exemption par catégorie signifie simplement qu'une appréciation individuelle est nécessaire. Ce n'est que lorsque les accords contiennent des restrictions caractérisées de la concurrence que l'on peut normalement présumer qu'ils sont interdits par l'article 81.

## 2. **Champ d'application et durée du règlement d'exemption par catégorie**

### 2.1. *Accords entre deux parties*

31. Conformément à l'article 2, paragraphe 1, du règlement, celui-ci ne couvre que les accords de transfert de technologie «entre deux entreprises». Les accords de transfert de technologie conclus par plus de deux entreprises ne sont pas couverts, le facteur décisif pour distinguer les accords entre deux parties des accords multipartites étant le fait que l'accord en cause ait été conclu par plus de deux parties.

32. Les accords conclus entre deux parties entrent dans le champ d'application du règlement, même s'ils contiennent des dispositions applicables à plusieurs niveaux de la chaîne commerciale. C'est ainsi que le règlement s'applique à un accord de licence concernant non seulement le stade de la production, mais aussi celui de la distribution, en précisant les obligations que le preneur peut ou doit imposer aux revendeurs des produits fabriqués sous licence ([23]).

33. Les accords de licence conclus entre plus de deux entreprises suscitent souvent les mêmes problèmes que des accords de licence de même nature conclus entre deux parties. Lors de l'appréciation individuelle d'accords de licence de même nature que ceux pouvant bénéficier de l'exemption par catégorie, mais qui sont conclus par plus de deux parties, la Commission appliquera par analogie les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie. Les accords conclus par plus de deux entreprises qui auraient pu bénéficier de l'exemption par catégorie s'ils avaient été conclus par deux entreprises seulement, seront en principe traités comme s'ils étaient couverts par l'exemption par catégorie.

### 2.2. *Accords relatifs à la fabrication ou à la fourniture de produits contractuels*

34. L'article 2 dispose que pour que les accords de licence soient couverts par le règlement, ils doivent concerner «la fabrication ou la fourniture de produits contractuels», c'est-à-dire de produits comportant ou fabriqués avec la technologie concédée. Le règlement ne couvre pas les regroupements de technologies. La notion de regroupement de technologies couvre des accords par lesquels deux parties ou plus acceptent de réunir leurs technologies respectives et de les concéder comme un tout, ainsi que des accords par lesquels deux entreprises ou plus acceptent d'accorder une licence à un tiers et de l'autoriser à concéder lui-même des licences sur l'ensemble de technologies concédé. Les regroupements de technologies sont traités à la section IV.4 ci-dessous. De même, le règlement ne s'applique pas aux accords par lesquels le donneur autorise le preneur à accorder des licences à des tiers (sous-traitants) pour l'exploitation de sa technologie. Toutefois, la Commission appliquera par analogie les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices à de tels accords «accords cadres» de licence entre le donneur et le preneur. Les accords entre le preneur et les sous-traitants sont couverts par le règlement.

35. Le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique pas aux accords de licence, y compris les accords de licences croisées, visant à garantir qu'une partie n'invoque pas ses droits de propriété intellectuelle pour empêcher l'autre partie d'exploiter sa propre technologie (accords de non-revendication). Il ne s'applique pas non plus aux accords ayant pour seul objet de régler des litiges dans le cadre desquels une partie allègue que les droits de propriété intellectuelle de l'autre partie empiètent sur les siens et inversement (accords de règlement). Dans aucun de ces cas l'accord n'est conclu en vue de la fabrication ou de la fourniture de produits contractuels. De tels accords sont traités à la section IV.3 ci-dessous.

36. Le terme «produits contractuels» comprend les produits fabriqués ou les services fournis à l'aide de la technologie concédée, c'est-à-dire tant les cas dans lesquels la technologie concédée est utilisée au cours du processus de production que les cas dans lesquels elle est intégrée au produit lui-même. Dans les présentes lignes directrices, l'expression «produits comportant la technologie concédée» couvre les deux cas de figure. Le règlement s'applique dans tous les cas où la technologie est concédée dans le but de produire des biens et des services, y compris les cas de sous-traitance par le donneur de licence ([24]).

37. La sous-traitance est un accord en vertu duquel le donneur concède la technologie au preneur, qui s'engage à fabriquer certains produits exclusivement pour le donneur sur la base de ces technologies. La sous-traitance peut également comprendre la fourniture, par le donneur, d'équipements à utiliser pour la production des biens et des services couverts par l'accord. Pour que ce dernier type de sous-traitance soit couvert par le règlement, c'est la technologie concédée, et non les équipements fournis, qui doit constituer l'objet principal de l'accord.

38. Les contrats de sous-traitance en tant que tels n'entrent normalement pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, lorsque la technologie concédée ou les équipements fournis sont nécessaires pour la production des biens et des services couverts par l'accord. Le fait qu'une entreprise sous-traite la production de biens et de services à une autre entreprise et oblige le sous-traitant à utiliser la technologie concédée uniquement pour produire les biens et les services couverts par l'accord et à fournir ces biens et ces services exclusivement au donneur de la licence, ne constitue pas en soi une restriction de la concurrence. L'obligation de fourniture exclusive est inhérente à la sous-traitance et ne constitue pas une restriction concernant le client aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie. Le critère de la nécessité est rempli si le sous-traitant n'aurait pas pu fabriquer un produit présentant les mêmes caractéristiques que le produit commandé par le donneur de licence si l'accord n'avait pas existé.

39. Toutefois, les accords de sous-traitance peuvent relever de l'article 81, paragraphe 1, lorsqu'ils dépassent le cadre du simple contrat de sous-traitance décrit au point précédent. Des problèmes de concurrence peuvent par exemple se poser lorsque ces accords réduisent la capacité ou l'incitation du sous-traitant à innover, lorsqu'ils excluent des tiers ou lorsqu'ils facilitent une collusion sur le marché. Les restrictions imposées à la liberté du sous-traitant de réaliser de la recherche-le développement ainsi que les obligations de rétrocession sont traitées de la même façon pour tous les autres accords de licence. Cela vaut également pour les obligations de non-concurrence imposant aux sous-traitants de ne pas traiter avec des tiers pour des produits qui ne sont pas fabriqués pour le compte du donneur de licence ou pour des technologies qu'il n'a pas concédées. Toutefois, le simple fait que la production dans le cadre de l'accord absorbe la majorité ou la totalité de la capacité du sous-traitant ne suffit pas pour conclure à un verrouillage, pour autant que rien n'empêche le sous-traitant d'étendre sa capacité.

40. La sous-traitance, telle qu'elle est définie, n'englobe pas les accords de sous-traitance de recherche et développement, en vertu desquels le preneur de la licence s'engage à poursuivre des travaux de recherche-développement dans le domaine couvert par la technologie concédée et à rétrocéder la technologie ainsi améliorée au donneur de la licence. Le principal objet de tels accords est la fourniture de services de recherche-développement destinés à améliorer la technologie, par opposition à la production de biens et de services sur la base de la technologie concédée. Ces accords n'entrent pas dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie et des présentes lignes directrices.

41. Le règlement d'exemption par catégorie et les lignes directrices ne couvrent pas non plus les accords par lesquels une technologie est concédée afin de permettre au preneur de mener d'autres activités de recherche-développement pour son propre compte, dans le but d'en exploiter les résultats par la suite. Ils ne couvrent par exemple pas la concession d'une licence relative à un outil de recherche technologique utilisé dans le cadre d'activités de recherche complémentaires.

2.3. *Le concept d'accord de transfert de technologie*

42. Le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices couvrent les accords de transfert de technologie. Conformément à l'article 1er, paragraphe 1, points b) et f) du règlement d'exemption par catégorie, le concept de «technologie» couvre les brevets et demandes brevets, les modèles d'utilité et demandes de modèles d'utilité, les droits de dessin, les droits d'obtention végétale, les topographies de produits semi-conducteurs, les certificats de protection supplémentaire pour produits pharmaceutiques ou pour d'autres produits pour lesquels de tels certificats de protection supplémentaire peuvent être obtenus, les droits d'auteur sur logiciel et le savoir-faire.

43. Le savoir-faire est défini à l'article 1er, paragraphe 1, point g), comme un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées. «Secret» signifie que le savoir-faire n'est généralement pas connu ou facilement accessible. «Substantiel» signifie que le savoir-faire comprend des informations indispensables à la fabrication ou à la fourniture des produits ou à l'application du processus couverts par l'accord de licence. «Identifié» signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité.

44. Le concept de «transfert» implique que la technologie doit passer d'une entreprise à une autre. Cela se fait normalement par la concession d'une licence grâce à laquelle le donneur accorde au preneur le droit d'utiliser sa technologie, moyennant le versement de redevances. Le transfert peut également se faire par le biais d'un accord de sous-traitance, en vertu duquel un preneur de licence, après y avoir été autorisé par le donneur, accorde des licences à des tiers (sous-traitants) pour l'exploitation de la technologie. Toutefois, en cas de sous-traitance, l'accord conclu entre le donneur et le preneur n'est pas couvert par le règlement d'exemption par catégorie, dans la mesure où la licence n'est pas accordée afin de produire des biens et des services à partir de la technologie concédée (voir point 34 ci-dessus).

45. Conformément à l'article 1er, paragraphe 1, point b), du règlement d'exemption par catégorie, celui-ci couvre également les accords de cession de technologies, sous réserve que le risque lié à l'exploitation de la propriété intellectuelle soit supporté par le cédant, notamment lorsque le montant dû au titre de la cession dépend du chiffre d'affaires réalisé par le cessionnaire avec les produits fabriqués ou fournis à l'aide de la technologie cédée, de la quantité de produits fabriquée ou du nombre d'opérations réalisées à l'aide de la technologie concernée. Ces accords de cession fonctionnent à peu près comme un accord de licence traditionnel. L'une des caractéristiques des accords de licence est que la rémunération due au donneur dépend de l'utilisation par le preneur de la technologie concédée. Les autres cas de cession ne sont pas couverts par le règlement d'exemption par catégorie.

46. Le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique qu'aux accords qui ont pour objet principal le transfert de technologie, par opposition à l'achat de biens et de services ou à la concession de licences sur d'autres types de propriété intellectuelle. Les accords contenant des dispositions relatives à l'achat et à la vente de produits ne sont couverts par le règlement que si ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de l'accord et sont directement liées à l'application de la technologie concédée. C'est généralement le cas lorsque ces facteurs sont des machines ou des processus spécialement conçus pour que la technologie concédée leur soit intégrée ou pour qu'elle puisse être exploitée de façon efficace. En revanche, si le facteur de production est simplement un autre élément entrant dans la composition du produit final, il conviendra d'examiner avec soin si la technologie concédée constitue l'objet principal de l'accord. Lorsque, par exemple, le preneur fabrique déjà un produit final sur la base d'une autre technologie, la licence doit apporter une amélioration sensible au processus de production du preneur, supérieure à la valeur du produit acheté au donneur. La condition selon laquelle les produits liés doivent être directement liés à la concession de la technologie implique que le règlement d'exemption par catégorie ne couvre pas l'achat de produits qui n'ont aucun rapport avec les produits comportant la technologie concédée. C'est par exemple le cas lorsque le produit lié n'est pas destiné à être utilisé avec le produit sous licence, mais est lié à une activité sur un marché de produits distinct.

47. Le règlement d'exemption par catégorie ne couvre la concession de licences sur d'autres types de propriété intellectuelle, tels que les marques déposées et le droit d'auteur autre que le droit d'auteur sur logiciels, que si ceux-ci sont directement liés à l'exploitation de la technologie concédée et ne constituent pas l'objet principal de l'accord. Cette condition garantit que les accords couvrant d'autres types de droits de propriété intellectuelle ne bénéficient d'une exemption par catégorie que si ces droits permettent au preneur de mieux exploiter la technologie concédée. Le donneur peut, par exemple, autoriser le preneur à apposer sa marque sur les produits comportant la technologie concédée. La concession d'une marque déposée peut également permettre au preneur de mieux exploiter la technologie concédée, parce que les consommateurs feront alors directement le lien entre le produit et les caractéristiques qui lui sont conférées par la technologie concédée. L'obligation pour le preneur d'utiliser la marque du donneur peut également favoriser la diffusion de la technologie en permettant au donneur d'être identifié comme la source de la technologie utilisée. Toutefois, lorsque la valeur de la technologie concédée au preneur est limitée, parce qu'il utilise déjà une technologie identique ou très similaire, et lorsque l'objet principal de l'accord est la marque déposée, le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique pas ([25]).

48. La concession d'une licence de droit d'auteur pour la reproduction et la distribution de l'œuvre protégée, c'est-à-dire la production de copies destinées à être revendues, est considérée comme similaire à la concession d'une licence de technologie. De tels accords de licence ayant trait à la production et à la vente de produits sur la base d'un droit de propriété intellectuelle, ils sont considérés comme étant de même nature que les accords de transfert de technologie et posent normalement les mêmes problèmes. En règle générale, la Commission appliquera donc les principes définis dans le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices lorsqu'elle sera amenée à apprécier la concession de ces licences de droit d'auteur au regard de l'article 81.

49. On considère en revanche que la concession de licences de droits d'exécution et d'autres droits voisins du droit d'auteur pose des problèmes particuliers et il n'est sans doute pas opportun d'apprécier ce type de licences sur la base des principes énoncés dans les présentes lignes directrices. Dans le cas des divers droits liés à l'exécution, la valeur n'est pas créée par la reproduction et la vente de copies d'un produit, mais par chaque exécution individuelle de l'œuvre protégée. Cette exploitation peut prendre différentes formes, notamment l'exécution, la présentation ou la location de matériel protégé, tel que des films, de la musique ou des manifestations sportives. Aux fins de l'application de l'article 81, il convient de tenir compte de la spécificité de l'œuvre et de la façon dont elle est exploitée ([26]). La Commission n'appliquera donc pas par analogie le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices à la concession de licences sur ces autres droits.

50. La Commission n'étendra pas non plus les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices aux licences de marques. La concession de licences de marques intervient souvent dans le contexte de la distribution et de la revente de biens et de services, et elle est généralement plus proche des accords de distribution que des accords de licence de technologie. Lorsqu'une licence de marque est directement liée à l'utilisation, à la vente ou la revente de biens et de services et ne constitue pas l'objet principal de l'accord, l'accord de licence est couvert par le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ([27]).

2.4. *Durée*

51. L'exemption par catégorie sera applicable tant que le droit de propriété concédé n'aura pas expiré ou été invalidé, ou, dans le cas du savoir-faire, tant qu'il demeurera secret, sauf si le savoir-faire est rendu public du fait du preneur de licence, auquel cas l'exemption sera applicable pendant toute la durée de l'accord (voir article 2 du règlement d'exemption par catégorie).

52. L'exemption par catégorie s'applique à chaque droit de propriété couvert par l'accord de licence et cesse d'être applicable à la date d'expiration, d'invalidité ou d'entrée dans le domaine public du dernier droit de propriété intellectuelle constituant une «technologie» au sens du règlement d'exemption par catégorie (voir point 42 ci-dessus).

53. En dehors du champ d'application de l'exemption par catégorie, l'appréciation peut différer selon la propriété intellectuelle en cause et selon le fait que, par exemple, l'accord couvre un brevet de base ou une amélioration apportée à un brevet de base venu à expiration.

2.5. *Rapports avec d'autres règlements d'exemption par catégorie*

54. Le règlement d'exemption par catégorie couvre les accords relatifs à la concession de licences de technologie conclus entre deux parties en vue de la fabrication ou de la fourniture de produits contractuels. Toutefois, la technologie peut également être un élément d'autres types d'accords. En outre, les produits comportant la technologie concédée sont ensuite vendus sur le marché. Il est donc nécessaire d'examiner les rapports entre le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, d'une part, et le règlement (CE) nº 2658/2000 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation ([28]), le règlement (CE) nº 2659/2000 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement ([29]), et le règlement (CE) nº 2790/1999 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ([30]), d'autre part.

2.5.1. Les règlements d'exemption par catégorie relatifs aux accords de spécialisation et aux accords de recherche et de développement

55. Conformément à l'article 1er, paragraphe 1, point c), du règlement (CE) nº 2658/2000 sur les accords de spécialisation, ce règlement couvre, entre autres, les accords de production conjointe en vertu desquels deux ou plusieurs parties acceptent de fabriquer certains produits conjointement. Le règlement s'applique également aux dispositions relatives à la cession ou à l'utilisation de droits de propriété intellectuelle, sous réserve qu'ils ne constituent pas l'objectif premier de l'accord, mais qu'ils soient directement liés et nécessaires à sa mise en œuvre.

56. Lorsque des entreprises créent une entreprise commune de production et concèdent à cette entreprise une licence pour l'exploitation d'une technologie utilisée dans la production des produits fabriqués par l'entreprise commune, ce type de licence tombe sous le coup du règlement (CE) nº 2658/2000 et non du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie. C'est pourquoi la concession de licences dans le cadre d'une entreprise commune de production est normalement appréciée en vertu du règlement (CE) nº 2658/2000. Toutefois, lorsque l'entreprise commune concède la technologie à des tiers, l'activité n'est pas liée à la fabrication de produits par l'entreprise commune et n'est donc pas couverte par ce règlement. De tels accords de licence permettant de réunir les technologies des parties constituent des regroupements de technologies; ils sont traités à la section IV.4 ci-dessous.

57. Le règlement (CE) nº 2659/2000 sur les accords de recherche et développement couvre les accords par lesquels deux ou plusieurs entreprises acceptent de poursuivre en commun des activités de recherche et développement et d'en exploiter les résultats en commun. Conformément à l'article 2, paragraphe 11, la recherche et le développement ou l'exploitation des résultats sont effectués en commun lorsque les tâches y afférentes sont exécutées par une équipe, une organisation ou une entreprise commune, confiées en commun à un tiers ou réparties entre les parties en fonction d'une spécialisation dans la recherche, le développement, la production ou la distribution, y compris la concession de licences.

58. Le règlement (CE) nº 2659/2000 couvre donc la concession de licences entre les parties ou par les parties à une entreprise commune dans le cadre d'un accord de recherche et développement. Dans le cadre d'un tel accord, les parties peuvent également déterminer les conditions dans lesquelles le fruit des accords de recherche et développement sera concédé sous licence à des tiers. Toutefois, comme les preneurs de licence tiers ne sont pas parties à l'accord de recherche et développement, l'accord de licence individuel conclu avec des tiers n'est pas couvert par le règlement (CE) nº 2659/2000. De tels accords de licence peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie s'ils remplissent les conditions fixées dans le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie.

2.5.2. Le règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux

59. Le règlement (CE) nº 2790/1999 de la Commission relatif aux accords verticaux couvre les accords conclus entre deux ou plusieurs entreprises dont chacune opère à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui portent sur les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens et services. Il couvre donc les accords de fourniture et de distribution ([31]).

60. Le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie ne couvrant que les accords conclus entre deux parties et un preneur de licence vendant des produits comportant la technologie concédée étant considéré comme un fournisseur aux fins de l'application du règlement (CE) nº 2790/1999, ces deux règlements d'exemption par catégorie sont étroitement liés. Les accords conclus entre un preneur et un donneur de licence relèvent de l'accord d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, alors que les accords conclus entre un preneur de licence et des acheteurs sont soumis au règlement (CE) nº 2790/1999 et aux Lignes directrices sur les restrictions verticales ([32]).

61. Le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie exempte les accords entre un donneur et un preneur de licence même lorsqu'ils imposent des obligations au preneur quant à la façon dont il doit vendre les produits comportant la technologie concédée. Le preneur peut notamment être contraint de mettre en place un certain type de système de distribution, par exemple une distribution exclusive ou sélective. Toutefois, les accords de distribution conclus pour mettre en œuvre ce type d'obligation doivent être conformes au règlement (CE) nº 2790/1999 pour pouvoir bénéficier d'une exemption par catégorie. C'est ainsi que le donneur peut imposer au preneur la mise en place d'un système basé sur la distribution exclusive, conformément à des règles précises. Néanmoins, conformément à l'article 4, point b), du règlement (CE) nº 2790/1999, les distributeurs doivent pouvoir effectuer des ventes passives sur le territoire d'autres distributeurs exclusifs.

62. En outre, les distributeurs doivent en principe être libres de vendre, tant activement que passivement, sur les territoires couverts par les systèmes de distribution d'autres preneurs produisant leurs propres produits à partir de la technologie concédée. Aux fins de l'application du règlement (CE) nº 2790/1999, chaque preneur de licence constitue un fournisseur distinct. Toutefois, les motifs d'octroi de l'exemption par catégorie contenus dans ce règlement peuvent également s'appliquer lorsque les produits comportant la technologie concédée sont vendus par les preneurs sous une marque commune appartenant au donneur. Lorsque ces produits sont vendus sous une marque commune, il peut être souhaitable, pour des raisons d'efficacité identiques, d'appliquer les mêmes types de restrictions entre les systèmes de distribution des preneurs de licences que dans le cas d'un système de distribution vertical unique. Dans de tels cas, il est peu probable que la Commission remette en cause d'éventuelles restrictions, lorsque les conditions énoncées dans le règlement (CE) nº 2790/1999 sont remplies par analogie. Pour qu'il y ait une identité de marque commune, les produits doivent être vendus et commercialisés sous une marque commune, qui soit prédominante pour ce qui est des notions de qualité et des autres informations pertinentes à communiquer aux consommateurs. Il ne suffit pas que le produit porte, en plus des marques du preneur, également la marque du donneur, permettant d'identifier celui-ci comme étant la source de la technologie concédée.

### 3. **La sphère de sécurité instaurée par le règlement d'exemption par catégorie**

63. Conformément à l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, l'exemption par catégorie d'accords restrictifs est soumise à des seuils de parts de marché, ce qui limite le champ d'application de l'exemption par catégorie aux accords généralement présumés remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3.

64. Le seuil applicable varie selon que l'accord a été conclu entre concurrents ou entre non-concurrents. Aux fins de l'application du règlement, les entreprises sont considérées comme des concurrents sur le marché de technologies en cause lorsqu'elles concèdent sous licence des technologies concurrentes à des tiers. La concurrence potentielle sur le marché de technologies n'est pas prise en considération pour l'application des seuils de parts de marché. En dehors de la sphère de sécurité, la concurrence potentielle sur le marché de technologies est prise en considération et peut entraîner une requalification de la relation concurrentielle entre les parties, voir en particulier le point 24 ci-dessus.

65. Les entreprises sont considérées comme des concurrents pour les produits en cause lorsqu'elles opèrent toutes deux sur les marchés de produits et les marchés géographiques en cause sur lesquels les produits comportant la technologie concédée sont vendus (concurrents réels). Elles sont également considérées comme étant des concurrents dès lors qu'elles pourraient, pour des motifs réalistes, entreprendre les investissements supplémentaires nécessaire ou supporter les autres coûts de transformation nécessaires pour pouvoir pénétrer sur le marché de produits et le marché géographique en cause en réaction à une augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs (concurrents potentiels).

66. Il ressort des points 64 et 65 qu'aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie, deux entreprises ne sont pas considérées comme des concurrents lorsque le donneur n'est pas un fournisseur réel ou potentiel des produits sur le marché en cause et lorsque le preneur déjà présent sur le marché de produits ne concède pas de licences sur une technologie concurrente, même s'il possède une technologie concurrente et l'utilise pour fabriquer ses produits. Toutefois, les parties deviendront des concurrents si, par la suite, le preneur commence à concéder sa technologie sous licence ou le preneur devient un fournisseur réel ou potentiel des produits sur le marché en cause. En outre, ainsi qu'il est dit au point 64, au-delà du seuil de part de marché, la concurrence potentielle sur le marché de technologies est prise en considération.

67. Pour les accords entre concurrents, le seuil de part de marché est de 20 % et pour les accords entre non-concurrents, de 30 % (article 3, paragraphes 1 et 2, du règlement d'exemption par catégorie). Lorsque les entreprises parties à l'accord de licence ne sont pas des concurrents, l'accord est couvert si la part de marché de chacune des parties ne dépasse pas 30 % sur les marchés de technologies et les marchés de produits en cause. Lorsque les entreprises partie à l'accord de licence sont des concurrents, l'accord est couvert si la part de marché cumulée des parties n'est pas supérieure à 20 % sur les marchés de technologies et les marchés de produits en cause. Il s'ensuit que les seuils de parts de marché s'appliquent tant aux marchés de technologies qu'aux marchés de produits comportant la technologie concédée. Si la part de marché détenue est supérieure au seuil applicable sur l'un des marchés en cause, l'accord ne pourra pas bénéficier de l'exemption par catégorie sur ce marché.

68. En ce qui concerne les marchés de technologies, il ressort de l'article 3, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie que la part de marché du donneur de licence doit être calculée sur la base de l'ensemble des ventes réalisées par le donneur, par le preneur ainsi que par les autres preneurs de licences relatives à des produits comportant la technologie du donneur, et ce individuellement pour chaque marché de produits ([33]). Lorsque les parties sont des concurrents sur le marché de technologies, les ventes de produits comportant la technologie du preneur doivent être ajoutées aux ventes des produits comportant la technologie concédée. Dans le cas de technologies nouvelles n'ayant pas encore généré de ventes, une part de marché égale à zéro est attribuée. Lorsque les ventes débuteront, la technologie commencera à accumuler des parts de marché.

69. En ce qui concerne les marchés de produits, la part de marché du preneur de la licence doit être calculée sur la base de ses ventes de produits comportant la technologie concédée et de ses ventes de produits concurrents, c'est-à-dire des ventes globales du preneur sur le marché de produits en cause. Lorsque le donneur opère également en tant que fournisseur sur le marché en cause, ses ventes doivent aussi être prises en considération. Toutefois, lors du calcul des parts de marché, les ventes réalisées par d'autres preneurs ne sont pas prises en compte pour le calcul de la part de marché du preneur de la licence et/ou du donneur.

70. Les parts de marché devraient être calculées sur la base de la valeur des ventes, lorsque ces données sont disponibles, car elles donnent normalement une indication plus précise de la puissance d'une technologie que les données relatives au volume des ventes. Toutefois, lorsque ces données ne sont pas disponibles, il est possible d'utiliser des estimations reposant sur d'autres informations fiables, y compris les données sur les volumes de ventes.

71. Les principes exposés ci-dessus peuvent être illustrés par les exemples suivants:

**Accords de licence entre non-concurrents**

*Exemple 1*

L'entreprise A est spécialisée dans le développement de produits et de techniques biotechnologiques et a mis au point un nouveau produit, le Xeran. Ne disposant ni des installations de production ni des installations de distribution nécessaires, elle ne le produit pas en série. L'entreprise B est l'un des producteurs de produits concurrents qu'elle fabrique en utilisant des technologies communes librement disponibles. Au cours de l'année 0, B a vendu des produits fabriqués à l'aide des technologies librement disponibles pour une valeur de 25 millions d'euros. Au cours de l'année 1, A concède à B une licence de production du Xeran. Cette même année, B vend pour 15 millions d'euros de produits fabriqués à l'aide des technologies librement disponibles et pour 15 millions d'euros de Xeran. Au cours de l'année 2 et des suivantes, B ne produit et ne vend que du Xeran pour une valeur annuelle de 40 millions. En outre, au cours de l'année 1, A concède également une licence à C. L'entreprise C n'opérait pas sur ce marché de produits auparavant. Elle ne produit et ne vend que du Xeran, pour une valeur de 10 millions d'euros pendant l'année 1 et de 15 millions d'euros pendant l'année 2 et les suivantes. Supposons qu'il est établi que la valeur totale du marché du Xeran et de ses substituts, sur lequel B et C opèrent, s'élève chaque année à 200 millions d'euros.

Pendant l'année 1, au cours de laquelle l'accord de licence a été conclu, la part de marché de A sur le marché de technologies est de 0 %, puisqu'elle doit être calculée sur la base du total des ventes réalisées par Xeran l'année précédente. Au cours de l'année 2, elle détient sur le marché de technologies une part de 12,5 %, qui reflète la valeur du Xeran produit par B et C au cours de l'année 1 qui précède. Pendant l'année 3 et les suivantes, A détient sur le marché de technologies une part de 27,5 %, qui reflète la valeur du Xeran produit par B et C au cours de l'année précédente.

Au cours de l'année 1, B détient sur le marché de produits une part de 12,5 %, qui reflète les ventes de 25 millions d'euros réalisées par B dans l'année 0. Au cours de l'année 2, sa part de marché est de 15 %, puisque ses ventes sont passées à 30 millions d'euros pendant l'année 1. Au cours de l'année 3 et des suivantes, la part de marché de B est de 20 %, puisque ses ventes représentent 40 millions d'euros par an. La part de marché de C sur le marché de produits est de 0 % pendant l'année 1, de 5 % pendant l'année 2 et de 7,5 % par la suite.

Puisqu'il s'agit d'un accord entre non-concurrents et que la part de marché de A, B et C est inférieure à 30 % chaque année, les accords entrent dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie.

*Exemple 2*

La situation est la même que dans l'exemple 1, mais B et C opèrent sur des marchés géographiques différents. Supposons qu'il est établi que le marché total du Xeran et de ses substituts a une valeur annuelle de 100 millions d'euros sur chaque marché.

Dans ce cas, la part de marché de A sur le marché de technologies doit être calculée pour chacun des deux marchés géographiques. La part détenue par A sur le marché sur lequel B opère dépend des ventes de Xeran réalisées par B. Dans cet exemple, la valeur totale du marché étant supposée être de 100 millions d'euros, soit la moitié de sa valeur dans l'exemple 1, la part de marché de A est de 0 % au cours de l'année 1, de 15 % au cours de l'année 2 et de 40 % par la suite. La part de marché de B est de 25 % au cours de l'année 1, de 30 % au cours de l'année 2 et de 40 % au cours de l'année 3. Au cours des années 1 et 2, les parts de marché de A et de B ne dépassent pas le seuil de 30 %. Celui-ci est cependant franchi à partir de l'année 3, ce qui signifie que, conformément à l'article 8, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie, l'accord de licence entre A et B ne peut plus bénéficier de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie après l'année 4, mais qu'il doit être apprécié sur une base individuelle.

Sur le marché où C opère, la part de marché de A dépend des ventes de Xeran réalisées par C. La part de A sur le marché de technologies, fondée sur les ventes réalisées par C au cours de l'année précédente, est donc de 0 % au cours de l'année 1, de 10 % au cours de l'année 2 et de 15 % par la suite. La part de C sur le marché de produits est la même: 0 % au cours de l'année 1, 10 % au cours de l'année 2 et 15 % par la suite. L'accord de licence entre A et C entre donc dans le champ d'application du règlement pendant toute la période.

**Accords de licence entre concurrents**

*Exemple 1*

Les entreprises A et B opèrent sur le même marché en cause pour un produit chimique déterminé. Chacune d'elles détient également un brevet sur diverses technologies utilisées pour fabriquer ce produit. Au cours de l'année 1, A et B signent un accord de licences croisées par lequel elles se concèdent mutuellement une licence d'utilisation de leurs technologies respectives. Au cours de l'année 0, A et B n'utilisent que leur propre technologie pour leur production et vendent respectivement pour 15 et 20 millions d'euros du produit. À partir de l'année 1, elles utilisent toutes deux leur propre technologie ainsi que celle de l'autre. À partir de cette année, A vend pour 10 millions d'euros du produit fabriqué avec sa propre technologie et pour 10 millions d'euros du produit fabriqué avec la technologie de B. À partir de l'année 1, B vend pour 15 millions d'euros du produit fabriqué avec sa propre technologie et pour 10 millions d'euros du produit fabriqué avec la technologie de A. Supposons qu'il est établi que la valeur annuelle totale du marché du produit et de ses substituts s'élève à 100 millions d'euros.

Pour apprécier l'accord de licence au regard du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, les parts de marché de A et B doivent être calculées sur le marché de technologies et sur le marché de produits. La part de A sur le marché de technologies dépend du montant des ventes réalisées pendant l'année précédente avec le produit qui a été fabriqué, par A ou par B, à partir de la technologie de A. Au cours de l'année 1, A détient donc sur le marché de technologies une part de 15 %, qui reflète sa propre production et des ventes d'une valeur de 15 millions d'euros pendant l'année 0. À partir de l'année 2, A détient sur le marché de technologies une part de 20 %, qui reflète la valeur de 20 millions d'euros des ventes de produit fabriqué à partir de la technologie de A et produit et vendu par A et B (10 millions d'euros chacune). De même, la part de B sur le marché de technologies est de 20 % au cours de l'année 1 et de 25 % par la suite.

Les parts de marché de A et B sur le marché de produits dépendent de leurs ventes respectives du produit au cours de l'année précédente, indépendamment de la technologie utilisée. La part de marché de A sur le marché de produits est de 15 % au cours de l'année 1 et de 20 % par la suite. La part de B sur le marché de produits est de 20 % au cours de l'année 1 et de 25 % par la suite.

Puisqu'il s'agit d'un accord entre concurrents, leur part de marché cumulée, tant sur le marché de technologies que sur le marché de produits, doit être inférieure au seuil de part de marché de 20 % afin de pouvoir entrer dans le champ d'application du règlement. Il est clair que tel n'est pas le cas en l'espèce. La part de marché cumulée sur le marché de technologies et sur le marché de produits est de 35 % au cours de l'année 1 et de 45 % par la suite. Cet accord entre concurrents devra donc être apprécié sur une base individuelle.

## 4. Restrictions caractérisées de la concurrence en vertu du règlement d'exemption par catégorie

### 4.1. *Principes généraux*

72. L'article 4 du règlement d'exemption par catégorie contient une liste de restrictions caractérisées de la concurrence. Une restriction est considérée comme une restriction caractérisée de la concurrence en raison de sa nature même et aussi parce que l'expérience a montré qu'une telle restriction était presque toujours anticoncurrentielle. Conformément à la jurisprudence des juridictions communautaires ([34]), une telle restriction peut résulter de l'objectif manifeste de l'accord ou des circonstances propres à chaque affaire (voir point 10 ci-dessus). Avant de parvenir à une telle conclusion, il peut donc s'avérer nécessaire d'examiner les faits à l'origine de l'accord et les circonstances particulières dans lesquelles il s'inscrit.

73. Lorsqu'un accord de transfert de technologie contient une restriction caractérisée de la concurrence, l'article 4, paragraphes 1 et 2, du règlement d'exemption par catégorie dispose que c'est l'accord dans son ensemble qui ne pourra pas bénéficier de l'exemption par catégorie. Il n'est pas possible de dissocier les restrictions caractérisées. En outre, la Commission estime que lorsqu'il y a appréciation individuelle, les restrictions caractérisées de la concurrence ne remplissent qu'exceptionnellement les quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3 (voir point 16 ci-dessus).

74. L'article 4 du règlement d'exemption par catégorie opère une distinction entre accords entre concurrents et accords entre non-concurrents.

### 4.2. *Accords entre concurrents*

75. L'article 4, paragraphe 1, énumère les restrictions caractérisées relatives aux accords de licence entre concurrents. Conformément à cette disposition, le règlement ne couvre pas les accords qui, directement ou indirectement, individuellement ou combinés à d'autres facteurs contrôlés par les parties, ont pour objet:

a) la restriction de la capacité de la partie à déterminer ses prix de vente à des tiers;

b) la limitation de la production ou des ventes, à l'exception de la limitation de la production de produits contractuels imposée au preneur dans un accord non réciproque;

c) la répartition des marchés ou des clients, sauf pour ce qui est de

i) l'obligation imposée au preneur de la licence dans un accord non réciproque de n'exploiter la technologie concédée que dans un ou plusieurs domaines techniques d'utilisation ou sur un ou plusieurs marchés de produits,

ii) l'obligation imposée au preneur de la licence de ne fabriquer ou fournir les produits contractuels que pour son propre usage, y compris lorsque les produits contractuels sont vendus en tant que pièces de rechange pour ses propres produits;

d) la restriction de la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie ou la restriction de la capacité des parties à l'accord à effectuer de la recherche-développement, sauf si cette restriction est indispensable pour empêcher la divulgation du savoir-faire concédé à des tiers.

76. La restriction caractérisée figurant à l'article 4, paragraphe 1, point a), concerne les accords entre concurrents qui ont pour objet la fixation des prix des produits vendus à des tiers. La fixation des prix entre concurrents constitue une restriction de la concurrence de par son objet même. La fixation de prix peut par exemple se faire sous forme d'un accord direct sur les prix exacts à facturer ou sur un prix de barème avec certains rabais maximums autorisés. Elle peut également se pratiquer de façon indirecte, en incitant les entreprises à ne pas s'écarter du niveau de prix convenu, par exemple en prévoyant que le montant de la redevance augmentera si les prix des produits passent en dessous d'un niveau donné.

77. Il peut également y avoir fixation des prix lorsque des parties qui vendent des produits concurrents s'accordent des licences croisées sur les technologies intégrées à ces produits. Lorsque les redevances sont calculées sur la base des ventes individuelles, le montant de la redevance a une incidence directe sur le coût marginal du produit, et par là même sur son prix ([35]). Des concurrents peuvent donc utiliser les redevances pour coordonner les prix sur les marchés de produits en aval ([36]). Lorsque des concurrents concluent un accord prévoyant des licences croisées et le versement réciproque de redevances sur la base des ventes du produit final, la Commission traitera l'accord comme un accord de fixation des prix dans tous les cas où il n'entraîne pas une intégration poussée de technologies complémentaires. Si cette condition n'est pas remplie, l'accord n'a aucun objet proconcurrentiel et ne constitue pas un accord de licence en bonne et due forme. Lorsque l'accord constitue un accord de licence en bonne et due forme parce qu'il entraîne une intégration poussée de technologies complémentaires, il ne relèvera normalement pas de l'article 4, paragraphe 1, point a), et il pourra alors bénéficier d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 20 %. La Commission ne considérera qu'il constitue un accord de fixation des prix que si les parties pourraient raisonnablement avoir opté pour un système de paiement moins restrictif, par exemple le paiement d'une somme forfaitaire ou un paiement unilatéral de redevances nettes, et si le montant de la redevance est tel qu'il est susceptible d'avoir une incidence sensible sur les prix.

78. La restriction caractérisée mentionnée à l'article 4, paragraphe 1, point a), couvre également les accords dans lesquels les redevances sont calculées sur la base de l'ensemble des ventes des produits en cause, indépendamment du fait que la technologie concédée ait ou non été utilisée. De tels accords entrent également dans le champ d'application de l'article 4, paragraphe 1, point d), en vertu duquel la capacité du preneur à utiliser sa propre technologie ne doit pas être restreinte (voir point 89 ci-dessous). De par leur nature même, ces accords ont pour but de restreindre la concurrence, dans la mesure où ils augmentent, pour le preneur, le coût d'utilisation de sa propre technologie concurrente et où ils restreignent la concurrence qui existerait en l'absence de l'accord ([37]). Cela vaut pour les accords tant réciproques que non réciproques. Toutefois, un accord dans lequel les redevances sont calculées sur la base de l'ensemble des ventes peut exceptionnellement remplir les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, lorsqu'il est possible de conclure, sur la base de facteurs objectifs, que la restriction est indispensable pour que la concession de licence soit favorable à la concurrence. Cela peut être le cas lorsque, si la restriction concernée n'existait pas, il serait impossible, ou excessivement difficile, de calculer et de contrôler la redevance due par le preneur, par exemple parce que la technologie du donneur ne laisse aucune trace visible sur le produit final et qu'il n'existe pas d'autres méthodes de contrôle viables.

79. La restriction caractérisée figurant à l'article 4, paragraphe 1, point b), concerne la limitation des ventes et de la production. Lorsque des concurrents conviennent de limiter mutuellement leur production, l'accord constitue une entente. Cela vaut également pour les accords limitant l'intérêt des parties à augmenter leur production, par exemple en contraignant une partie à verser un dédommagement à l'autre si un certain niveau de production est dépassé.

80. Les limitations quantitatives imposées au preneur dans les accords non réciproques ne figurent pas sur la liste des restrictions caractérisées de la concurrence et elles ne sont pas non plus couvertes par l'exemption par catégorie (voir articles 4, paragraphe 1, point b) et 5, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie). Aux fins de ces articles, un accord est non réciproque lorsqu'un concurrent se fait concéder une technologie par un autre concurrent, mais n'accorde pas lui-même de licence pour une technologie concurrente. Inversement, une licence est réciproque lorsqu'un concurrent concède une technologie à un autre concurrent et obtient de celui-ci une licence pour une technologie concurrente ([38]). Seules les limitations quantitatives imposées au preneur dans un accord non réciproque sont exclues de la liste des restrictions caractérisées. Les restrictions imposées au donneur et qui concernent l'endroit où il produit ou vend, les quantités qu'il produit ou vend et les prix auxquels il vend sont considérées comme des restrictions caractérisées. Le traitement plus favorable des limitations quantitatives imposées au preneur repose sur les deux considérations suivantes. Premièrement, le risque qu'un accord ne soit pas un accord de licence en bonne et due forme est moindre lorsque la restriction est imposée uniquement au preneur. Si un preneur est disposé à accepter une restriction unilatérale, il est probable que l'accord entraîne une intégration réelle de technologies complémentaires ou des gains d'efficience favorisant l'intégration de la technologie plus perfectionnée du donneur et des actifs de production du preneur. Dans le cas des accords réciproques avec limitation de la production, en revanche, le risque que l'accord ait pour objet et pour effet de réduire la production et d'augmenter les prix est important. Deuxièmement, il peut s'avérer nécessaire d'imposer une restriction de la production au preneur afin d'inciter le donneur à diffuser sa technologie. Toutefois, lorsque la technologie concédée ne permet pas au preneur d'obtenir des réductions de coûts ou d'autres gains d'efficience sensibles, l'accord sera considéré comme une restriction caractérisée, parce qu'il est susceptible de restreindre la concurrence qui existait avant qu'il n'ait été conclu, sans avoir d'effets bénéfiques en contrepartie. La Commission examinera également si l'application pratique de l'accord soumet le donneur à des restrictions en ce qui concerne ses activités commerciales. Dans l'affirmative, l'accord est restrictif par objet et relève des restrictions caractérisées de la concurrence.

81. La restriction caractérisée de la concurrence figurant à l'article 4, paragraphe 1, point c), concerne la répartition des marchés et des clients. Les accords par lesquels des concurrents se partagent des marchés et des clients, par exemple en attribuant des territoires ou des groupes de clients exclusifs, ont pour objet de restreindre la concurrence. Les restrictions de ce type peuvent par exemple prendre la forme d'accords de licences croisées, dans lesquels chaque partie se voit accorder un droit exclusif d'exploiter la technologie concédée sur un territoire donné. Elles peuvent également prendre la forme de licences non réciproques par lesquelles le preneur se voit accorder un territoire exclusif, alors que le donneur se réserve un autre territoire. Même lorsqu'aucune restriction explicite ou implicite n'est imposée au donneur, on considère qu'il y a restriction caractérisée si la licence impose au preneur des restrictions concernant le lieu à partir duquel il peut vendre et les personnes auxquelles il peut vendre. De telles restrictions restreignent la concurrence qui existait avant l'accord. En outre, elles ne sont pas considérées comme nécessaires pour favoriser la diffusion des technologies. Ce dernier élément est suffisamment garanti par le fait que les limitations non réciproques de la production ou des domaines d'utilisation imposées au preneur sont exclues du champ d'application de l'article 4, et que l'exemption par catégorie est accordée aux obligations de versement de redevances. L'article 4, paragraphe 1, point c), s'applique indépendamment du fait que le preneur demeure ou non libre d'utiliser sa propre technologie. Une fois que le preneur s'est équipé pour utiliser la technologie du donneur, il peut être coûteux pour lui d'utiliser une autre technologie. En outre, compte tenu du potentiel anticoncurrentiel de la restriction, le preneur peut n'avoir que peu d'intérêt à produire en utilisant sa propre technologie.

82. La restriction caractérisée de la concurrence figurant à l'article 4, paragraphe 1, point c), couvre également les accords par lesquels le donneur accorde une licence exclusive en vertu de laquelle il s'engage à ne pas exploiter lui-même la technologie concédée. Une telle licence implique que le donneur quitte le marché sur lequel les parties sont en concurrence et constitue une forme extrême de partage d'un marché. Cette disposition ne s'applique en revanche pas aux licences exclusives par lesquelles le donneur s'engage à ne pas accorder de licence à d'autres tiers sur un territoire donné. Cette forme d'exclusivité est couverte par l'exemption par catégorie; elle est traitée à la section IV.2.2 ci-dessous.

83. Les limitations du domaine d'utilisation ([39]) entre concurrents peuvent se traduire par une répartition des marchés et des clients, auquel cas elles sont couvertes par l'article 4, paragraphe 1, point c). Lorsqu'il y a limitation du domaine d'utilisation, la licence est limitée soit à un ou plusieurs domaines techniques d'application soit à un ou plusieurs marchés de produits. L'article 4, paragraphe 1, point c), s'applique lorsque des concurrents se concèdent des licences croisées sur des technologies concurrentes et imposent des limitations réciproques du domaine d'utilisation couvrant des marchés de produits ou des domaines techniques d'application distincts. Si, par exemple, A et B se concèdent des licences croisées sur des technologies concurrentes, que A limite la licence au marché de produits X et que B limite sa licence au marché de produits Y, l'accord équivaut à une répartition des marchés de produits. L'article 4, paragraphe 1, point c), s'applique également à une limitation du domaine d'utilisation imposée au donneur dans un accord non réciproque, puisque cette limitation équivaut à réserver le ou les marchés concernés au preneur. Toutefois, dans les deux cas, il n'y a restriction caractérisée que lorsque la restriction couvre un marché sur lequel les parties sont des concurrents réels ou potentiels. L'article 4, paragraphe 1, point c), ne s'applique pas aux limitations du domaine d'utilisation couvrant des marchés sur lesquels les parties ne sont pas des concurrents réels ou potentiels. Dans de tels cas, l'accord est traité comme un accord entre non-concurrents. Les accords n'entrent pas non plus dans le champ d'application de l'article 4, paragraphe 1, point c), lorsque la limitation du domaine d'utilisation est symétrique, en ce sens que les deux parties ne peuvent exploiter la technologie concédée que dans le ou les mêmes domaines d'utilisation. L'article 4, paragraphe 1, point c), n'exige pas que, dans le cas d'accords entre concurrents, le preneur soit capable d'exploiter la technologie concédée dans tous les domaines d'utilisation réels ou potentiels. Il n'y a donc pas de restriction caractérisée de la concurrence lorsque des concurrents se concèdent mutuellement des licences croisées pour le ou les mêmes domaines d'utilisation.

84. Une limitation du domaine d'utilisation imposée au preneur dans un accord non réciproque ne constitue pas une restriction caractérisée de la concurrence en vertu de l'article 4, paragraphe 1, point c), sous i). Le fait que la licence soit limitée à un ou plusieurs marchés de produits ou à un ou plusieurs domaines techniques d'utilisation ne constitue pas en soi une répartition du marché, pour autant que, conformément à l'article 4, paragraphe 1, point d), la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie concurrente ne soit pas limitée. Si tel est le cas, on ne peut pas supposer que la limitation du domaine d'utilisation amènera le preneur à se retirer des marchés exclus par la restriction.

85. L'article 4, paragraphe 1, point c), sous ii), énonce une autre exception, en l'occurrence l'usage captif, c'est-à-dire une obligation en vertu de laquelle le preneur ne peut produire les produits comportant la technologie concédée que pour son propre usage ([40]). Lorsque le produit contractuel est un composant, le preneur peut ainsi être contraint de ne produire ce composant que pour l'intégrer à ses propres produits et de ne pas le vendre à d'autres fabricants. Toutefois, le preneur doit pouvoir vendre les composants en tant que pièces détachées pour ses propres produits et doit donc pouvoir approvisionner des tiers fournissant un service après-vente sur ces produits. Les restrictions liées à l'usage captif, telles qu'elles viennent d'être définies, peuvent être nécessaires pour favoriser la diffusion d'une technologie, notamment entre concurrents, et elles sont couvertes par l'exemption par catégorie. Ce type de restriction est également traité à la section IV.2.5 ci-dessous.

86. La restriction caractérisée de la concurrence figurant à l'article 4, paragraphe 1, point d), couvre tout d'abord la restriction de la capacité des parties à effectuer de la recherche-développement. Les deux parties doivent être libres d'entreprendre des activités indépendantes de recherche-développement. Cette règle est applicable indépendamment du fait que la restriction concerne ou non un domaine couvert par la licence ou d'autres domaines. Elle ne s'étend toutefois pas à la restriction de la capacité d'une partie à s'engager dans des actions de recherche-développement avec des tiers, lorsque cette restriction est nécessaire pour empêcher la divulgation du savoir-faire du donneur. C'est notamment le cas lorsque le tiers en question est un concurrent réel ou potentiel du donneur sur le marché de technologies en cause.

87. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, point d), le preneur doit également pouvoir utiliser librement sa propre technologie concurrente, à condition qu'il n'utilise pas, ce faisant, la technologie concédée par le donneur. Il ne doit être soumis à aucune limitation quant à l'endroit où il produit ou vend, aux quantités qu'il produit ou vend ou aux prix auxquels il vend. Il ne doit pas non plus être contraint de verser des redevances sur des produits fabriqués sur la base de sa propre technologie (voir point 78 ci-dessus). En outre, il doit pouvoir concéder librement sa propre technologie à des tiers. Lorsque des restrictions sont imposées au preneur en ce qui concerne l'utilisation de sa propre technologie ou sa liberté d'effectuer de la recherche-développement, la compétitivité de la technologie du preneur est réduite. Cela a pour effet de réduire la concurrence sur les marchés de produits et de technologies existants et de décourager le preneur d'investir dans le développement et l'amélioration de sa technologie. La concurrence dans le domaine de l'innovation est également réduite lorsque le donneur ne peut pas s'engager librement dans des actions de recherche-développement.

4.3. *Accords entre non-concurrents*

88. L'article 4, paragraphe 2, énumère les restrictions caractérisées applicables aux accords de licence entre non-concurrents. Conformément à cette disposition, le règlement d'exemption par catégorie ne couvre pas les accords qui, directement ou indirectement, individuellement ou combinés à d'autres facteurs contrôlés par les parties, ont pour objet:

a) la restriction de la capacité d'une partie à déterminer ses prix de vente à des tiers, sans préjudice de la possibilité d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ceux-ci n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal imposé à la suite d'une pression exercée par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elles;

b) des restrictions concernant le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, le preneur peut vendre les biens ou services contractuels, sauf:

— la restriction des ventes sur un territoire exclusif ou à un groupe d'acheteurs exclusif pour lequel le donneur s'est réservé les ventes;

— la restriction des ventes actives sur un territoire exclusif ou à un groupe d'acheteurs exclusif que le donneur a réservés à un autre preneur;

— l'obligation imposée au preneur de la licence de ne fabriquer ou fournir les produits contractuels que pour son propre usage, y compris lorsque les produits contractuels sont vendus en tant que pièces de rechange pour ses propres produits;

— la restriction des ventes aux utilisateurs finals par un preneur qui opère en tant que grossiste sur le marché;

— la restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés;

c) la restriction des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les preneurs membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non autorisé.

Il convient de rappeler (voir point 31 ci-dessus) que l'exemption par catégorie couvre les accords de licence par lesquels le donneur impose des obligations que le preneur doit ou peut imposer à ses acheteurs, y compris aux distributeurs. De telles obligations ne constituent pas des restrictions à la revente au sens de l'article 4, paragraphe 2, point b), du règlement d'exemption par catégorie. Toutefois, ces obligations doivent être conformes aux règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution. Comme le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie couvre uniquement les accords entre deux parties, les accords conclus entre le preneur et ses acheteurs dans le cadre de ces obligations n'entrent pas dans le champ d'application de ce règlement. De tels accords ne peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie que s'ils sont conformes aux dispositions du règlement (CE) nº 2790/1999 (voir section 2.5.2 ci-dessus).

89. La restriction caractérisée de la concurrence figurant à l'article 4, paragraphe 2, point a), concerne la fixation des prix de vente à des tiers. Cette disposition couvre plus particulièrement les restrictions ayant pour objet direct ou indirect la détermination d'un prix de vente fixe ou minimal ou d'un niveau de prix fixe ou minimal que le donneur ou le preneur devront respecter lorsqu'ils vendent des produits à des tiers. Lorsque les accords fixent directement le prix de vente, la restriction est évidente. Toutefois, des prix de vente peuvent également être fixés de façon indirecte, par exemple par des accords déterminant la marge, fixant le niveau maximum de rabais autorisé sur un niveau de prix convenu ou liant le prix de revente imposé aux prix de revente des concurrents, ou encore par des menaces, de l'intimidation, des avertissements, des amendes ou la résiliation du contrat si un niveau de prix donné n'est pas respecté. Les moyens directs ou indirects utilisés pour parvenir à une fixation des prix peuvent être rendus plus efficaces s'ils sont combinés à des mesures permettant de repérer les ventes à bas prix, telles qu'un système de contrôle des prix ou l'obligation imposée aux preneurs de signaler tout écart par rapport aux prix convenus. De même, la fixation directe ou indirecte des prix peut être rendue plus efficace si elle est combinée à des mesures destinées à décourager le preneur de diminuer son prix de vente, le donneur obligeant par exemple le preneur à appliquer une clause de faveur, c'est-à-dire l'obligation d'accorder à un client les conditions plus favorables qu'aux autres.

90. La restriction caractérisée de la concurrence énoncée à l'article 4, paragraphe 2, point b), concerne les accords ou pratiques concertées qui ont pour objet direct ou indirect de restreindre les ventes, par les preneurs, de produits comportant la technologie concédée. L'article 4, paragraphe 2, point b), ne couvre pas les restrictions des ventes imposées au preneur. Toutes les restrictions des ventes imposées au preneur bénéficient donc d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché. Ce type de restriction peut résulter d'obligations directes, telles que l'obligation de ne pas vendre à certains clients ou à des clients établis sur certains territoires, ou encore l'obligation d'adresser les commandes de ces clients à d'autres preneurs, mais aussi de mesures indirectes destinées à inciter le preneur à s'abstenir de ce type de ventes, par exemple des incitations financières ou la mise en place d'un système de contrôle permettant de vérifier la destination effective des produits concédés. Toutefois, il existe un certain nombre d'exceptions importantes à cette restriction caractérisée des ventes effectuées par les preneurs.

91. Les restrictions imposées aux ventes actives et passives ([41]) effectuées par les preneurs sur un territoire exclusif ou à groupe de clients exclusif que le donneur s'est réservé ne constituent pas une restriction caractérisée de la concurrence [cf. article 4, paragraphe 2, point b), sous i)], et elles peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie. On suppose que dès lors que les parts de marché sont inférieures au seuil, de telles restrictions, même si elles limitent la concurrence, peuvent néanmoins être proconcurentielles dans la mesure où elles favorisent la diffusion des technologies et l'intégration de celles-ci aux actifs de production du preneur.

92. La restriction des ventes actives entre des territoires ou des groupes de clients attribués aux différents preneurs peut bénéficier d'une exemption par catégorie à condition que le preneur protégé se soit vu attribuer un territoire exclusif ou un groupe de clients exclusif [cf. article 4, paragraphe 2, point b), sous ii)]. L'exemption par catégorie des ventes actives repose sur l'hypothèse que de telles restrictions favorisent la concurrence autre que la concurrence par les prix et améliorent la qualité des services en résolvant les problèmes liés au parasitisme ([42]). Si aucun territoire ni groupe de clients exclusif n'a été accordé, les restrictions imposées aux ventes actives effectuées par d'autres preneurs tombent sous le coup de l'article 4, paragraphe 2, point b).

93. La restriction des ventes passives entre preneurs est considérée comme une restriction caractérisée. Lorsqu'elles remplissent les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 1, les restrictions imposées aux ventes passives ont peu de chances de remplir les conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3. Il est notamment peu probable que de telles restrictions soient indispensables pour réaliser des gains d'efficience ([43]). La restriction des ventes passives (et actives) effectuées par d'autres preneurs sur le territoire exclusif d'un preneur donné n'entre toutefois souvent pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, pendant une certaine période consécutive à la conclusion de l'accord avec ce preneur. Les preneurs doivent souvent consentir des investissements substantiels dans des actifs de production et dans des actions de promotion afin de démarrer et de développer des activités sur un nouveau territoire. Les risques auxquels le nouveau preneur sera confronté sont donc souvent importants, notamment parce que les dépenses promotionnelles et les dépenses d'investissement dans les actifs nécessaires pour produire avec une technologie donnée constituent souvent des dépenses à fonds perdus, c'est-à-dire des dépenses qui ne peuvent être recouvrées si le preneur sort du marché. Dans de telles circonstances, il est probable que les preneurs renonceraient à l'accord de licence s'ils n'étaient pas en mesure d'obtenir, pendant un certain temps une protection contre les ventes passives (et actives) des autres preneurs sur leur territoire. La Commission estime donc que la restriction des ventes passives d'autres preneurs sur le territoire exclusif d'un preneur donné n'entre pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, pendant une période de deux ans à compter de la date à laquelle le produit comportant la technologie concédée a été mis sur le marché pour la première fois par le preneur en question.

94. L'article 4, paragraphe 2, point b), sous iii), permet d'exempter une restriction contraignant le preneur à ne fabriquer les produits comportant la technologie concédée que pour son propre usage (captif). Lorsque le produit contractuel est un composant, le preneur peut ainsi être contraint de n'utiliser ce produit que pour l'intégrer à ses propres produits et il peut se voir interdire de vendre le produit à d'autres fabricants. Toutefois, le preneur doit pouvoir vendre les produits en tant que pièces de rechange pour ses propres produits et doit donc pouvoir les livrer à des tiers fournissant un service après-vente pour ces produits. Les restrictions relatives à l'usage captif sont traités à la section IV.2.5 ci-dessous.

95. L'article 4, paragraphe 2, point b), sous iv), permet d'exempter l'obligation faite au preneur de ne pas vendre à des clients finals, mais uniquement à des détaillants. Une telle obligation permet aux donneurs d'attribuer une fonction de grossiste aux preneurs et elle n'entre généralement pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1 ([44]).

96. Enfin, l'article 4, paragraphe 2, point b), sous v), permet d'exempter une restriction qui consiste à interdire aux preneurs de vendre les produits à des distributeurs non agréés. Elle permet au donneur d'imposer aux preneurs l'obligation de faire partie d'un système de distribution sélective. Dans ce cas, toutefois, les preneurs doivent, conformément à l'article 4, paragraphe 2, point c), pouvoir réaliser des ventes tant actives que passives à des consommateurs finals, sans préjudice de la possibilité d'imposer au preneur de n'exercer qu'une fonction de grossiste, comme cela est prévu à l'article 4, paragraphe 2, point b), sous iv) (voir point précédent).

### 5. **Conditions imposées par le règlement d'exemption par catégorie**

97. L'article 5 du règlement d'exemption par catégorie énumère cinq types de restrictions qui ne peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie et qui nécessitent donc une appréciation individuelle de leurs effets anti- et proconcurrentiels. Il ressort de l'article 5 que l'inclusion dans un accord de licence de l'une ou l'autre des restrictions figurant dans ces dispositions n'empêche pas l'application du règlement au reste de l'accord. Ce n'est que la restriction concernée qui ne bénéficie pas de l'exemption par catégorie, et qui doit donc être appréciée individuellement. Les restrictions énoncées à l'article 5 sont donc dissociables.

98. Les trois conditions énoncées à l'article 5, paragraphe 1, sont les suivantes:

a) le preneur ne doit pas être contraint d'accorder au donneur ou à un tiers désigné par celui-ci une licence exclusive sur les améliorations dissociables qu'il aura lui-même apportées ou sur les nouvelles applications de la technologie concédée qu'il aura mises en œuvre. Toute amélioration est dissociable dès lors qu'elle peut être exploitée sans empiéter sur la technologie concédée ou sans impliquer l'utilisation du savoir-faire concédé;

b) le preneur ne devra pas être contraint de céder au donneur ou à un tiers désigné par celui-ci des droits sur des améliorations ou sur des nouvelles applications de la technologie concédée;

c) le preneur ne doit pas se voir empêcher de mettre en cause la validité ou de contester la confidentialité ou la substantialité des droits de propriété intellectuelle détenus par les parties dans le marché commun. Toutefois, si un preneur conteste la validité de la technologie concédée, le règlement d'exemption par catégorie autorise le donneur à résilier l'accord de licence.

L'article 5, paragraphe 1, points a), b) et c), a pour objet d'éviter l'octroi d'une exemption par catégorie à des accords susceptibles de limiter l'incitation des preneurs à innover.

99. L'obligation de céder au donneur les améliorations dissociables apportées à la technologie concédée ou de lui concéder une licence exclusive à leur propos est susceptible de réduire l'incitation du preneur à innover, dans la mesure où il ne pourra pas exploiter les améliorations qu'il aura apportées, pas même en les concédant sous licence à des tiers. Cela s'applique à la fois aux cas dans lesquels l'amélioration concerne la même application que la technologie concédée et à ceux dans lesquels le preneur développe de nouvelles applications de la technologie concédée. Conformément à l'article 5, paragraphe 1, points a) et b), de telles obligations ne peuvent pas bénéficier d'une exemption par catégorie. En revanche, les obligations de rétrocession non exclusives sont couvertes par l'exemption par catégorie, même lorsque l'obligation de rétrocession est non réciproque, c'est-à-dire qu'elle n'est imposée qu'au preneur et lorsque, en vertu de l'accord, le donneur est autorisé à communiquer les améliorations à d'autres preneurs. Une obligation de rétrocession non réciproque peut favoriser l'innovation et la diffusion de technologies nouvelles en permettant au donneur de déterminer librement si, et dans quelle mesure, il transmettra ses propres améliorations à ses preneurs. Une telle clause de communication peut aussi favoriser la diffusion de la technologie, parce que chaque preneur sait, au moment où il signe l'accord, qu'il se trouvera sur un pied d'égalité avec les autres preneurs pour ce qui est de la technologie avec laquelle il fabriquera les produits contractuels. L'exemption par catégorie couvre également les rétrocessions exclusives relatives aux améliorations non dissociables. Toutefois, cette obligation n'entre normalement pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, parce que les améliorations ne peuvent pas être exploitées indépendamment de la technologie concédée.

100. L'article 5, paragraphe 1, points a) et b), est applicable indépendamment du fait que le donneur paie ou non un prix d'achat ou des redevances pour l'acquisition de l'amélioration ou l'obtention d'une licence exclusive. Toutefois, l'existence éventuelle de tels paiements doit être prise en considération lors d'une appréciation individuelle en vertu de l'article 81. Lorsque les rétrocessions sont accordées moyennant rémunération, l'obligation aura moins de chances de supprimer toute incitation à l'innovation pour le preneur.

101. Lors de l'appréciation de rétrocessions en dehors du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, la position du donneur sur le marché de technologies doit également être prise en considération. Plus cette position est forte, plus l'obligation de rétrocession risque d'avoir des effets restrictifs sur la concurrence dans le domaine de l'innovation. Plus la position de la technologie du donneur est forte, plus le preneur a de chances de constituer une source importante d'innovation et de concurrence future. Les effets des obligations de rétrocession peuvent également être renforcés dans le cas de réseaux parallèles d'accords de licence comportant de telles obligations. Lorsque les technologies disponibles sont contrôlées par un nombre limité de donneurs de licence imposant des obligations de rétrocession aux preneurs, le risque d'incidence anticoncurrentielle est plus grand que lorsqu'il existe plusieurs technologies dont quelques-unes seulement sont concédées avec des obligations de rétrocession.

102. Le risque d'impact négatif sur l'innovation est plus élevé dans le cas de licences croisées entre concurrents où l'obligation de rétrocession est associée à l'obligation, pour chaque donneur, de partager avec l'autre partie les améliorations apportées à sa technologie. Le partage de l'ensemble des améliorations entre des concurrents empêche chaque concurrent d'acquérir de l'avance par rapport à l'autre.

103. La condition mentionnée à l'article 5, paragraphe 1, point c), concerne les clauses de non-contestation, c'est-à-dire l'obligation de ne pas contester la validité des droits de propriété intellectuelle détenus par le donneur. La raison pour laquelle ces restrictions ont été exclues du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie est que les preneurs sont normalement les mieux placés pour déterminer si un droit de propriété intellectuelle est valable ou non. Pour éviter toute distorsion de la concurrence et conformément aux principes qui sous-tendent la protection de la propriété intellectuelle, les droits de propriété intellectuelle non valables devraient être éliminés, parce qu'ils paralysent l'innovation au lieu de la favoriser. L'article 81, paragraphe 1, est susceptible de s'appliquer à des clauses de non-contestation lorsque la technologie concédée possède une certaine valeur et défavorise donc, sur le plan de la concurrence, les entreprises qui ne peuvent pas l'utiliser ou qui peuvent seulement l'utiliser moyennant le versement de redevances ([45]). Dans ce cas, il est peu probable que les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, soient remplies, sauf lorsque l'obligation de non-contestation est imposée dans le contexte du règlement d'un litige sur un brevet.

104. Toutefois, le règlement d'exemption par catégorie ne couvre pas la possibilité, pour le donneur, de résilier l'accord de licence en cas de contestation de la technologie concédée. Le donneur n'est donc pas contraint de continuer à traiter avec un preneur qui conteste la matière même de l'accord de licence, ce qui signifie qu'en cas de résiliation, toute poursuite de l'utilisation de la technologie contestée par le preneur se fait aux risques et périls de celui qui en a contesté la validité. Toutefois, conformément à l'article 5, paragraphe 1, point c), le règlement d'exemption par catégorie ne couvre pas les obligations contractuelles obligeant le preneur à ne pas contester la technologie concédée, ce qui permettrait au donneur de poursuivre le preneur pour rupture de contrat et aurait pour effet de créer un motif supplémentaire incitant le preneur à ne pas contester la validité de la technologie du donneur. Cette disposition garantit que le preneur se trouve dans la même position que des tiers.

105. La restriction couverte par l'article 5, paragraphe 2, qui concerne les limitations quantitatives imposées au preneur par des licences non réciproques entre concurrents, a déjà été expliquée au point 80 ci-dessus.

106. L'article 5, paragraphe 3, exclut, dans le cas des accords entre non-concurrents, l'application de l'exemption par catégorie aux obligations directes et indirectes limitant la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie ou la capacité des parties à l'accord à effectuer de la recherche-développement, sauf si cette dernière restriction est indispensable pour empêcher la divulgation du savoir-faire concédé à des tiers. Cette condition est la même que celle figurant à l'article 4, paragraphe 1, sous d), dans la liste des restrictions caractérisées relatives aux accords entre concurrents,, qui est traitée aux points 80 et 81 ci-dessus. Toutefois, dans le cas des accords entre non-concurrents, on ne peut pas présumer que de telles restrictions auront des effets négatifs sur la concurrence et que les conditions mentionnées à l'article 81, paragraphe 3, ne sont généralement pas remplies ([46]). Une appréciation individuelle est nécessaire.

107. Dans les accords entre non-concurrents, le preneur ne possède généralement pas de technologie concurrente. Toutefois, il peut y avoir des cas dans lesquels, aux fins de l'exemption par catégorie, les parties sont considérées comme n'étant pas des concurrents, bien que le preneur possède une technologie concurrente. C'est le cas lorsque le preneur possède une technologie concurrente, mais ne la concède pas sous licence, et lorsque le donneur n'est pas un fournisseur réel ou potentiel sur le marché de produits. Aux fins de l'exemption par catégorie, les parties ne sont alors pas considérées comme des concurrents, ni sur le marché de technologies ni sur le marché de produits ([47]). Dans de tels cas, il importe de s'assurer que la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie et à continuer à la développer n'est pas restreinte. Cette technologie peut exercer une pression concurrentielle sur le marché, qui doit être préservée. Dans une telle situation, les restrictions sont donc normalement considérées comme restreignant la concurrence et ne satisfaisant pas aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3.

108. Lorsque le preneur ne possède pas ou n'est pas déjà en train de mettre au point une technologie concurrente, toute restriction empêchant les parties de mener des activités de recherche-développement indépendantes peut restreindre la concurrence lorsque quelques technologies seulement sont disponibles sur le marché. Dans un tel cas, les parties peuvent constituer une source (potentielle) importante d'innovation sur le marché. C'est notamment le cas lorsque les parties possèdent les actifs et les compétences nécessaires pour poursuivre des activités de recherche-développement. Dans ce cas, il est peu probable que les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, soient remplies. Lorsque plusieurs technologies sont disponibles et que les parties ne possèdent pas d'actifs ou de compétences particuliers, les restrictions de la recherche-développement sont susceptibles soit de ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, parce qu'elles n'ont pas d'effets restrictifs, soit de remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. Ces restrictions peuvent favoriser la diffusion de technologies nouvelles en garantissant au donneur que le preneur ne deviendra pas un nouveau concurrent et en incitant le preneur à se concentrer sur l'exploitation et le développement de la technologie concédée.

## 6. **Retrait du bénéfice de l'application du règlement d'exemption par catégorie et non-application de ce règlement**

### 6.1. *Procédure de retrait*

109. Conformément à l'article 6 du règlement, la Commission et les autorités de la concurrence des États membres peuvent retirer le bénéfice de l'application du règlement d'exemption par catégorie pour les accords individuels qui ne remplissent pas les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3. Les autorités de la concurrence des États membres ne sont habilitées à retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie que dans les cas où le marché géographique en cause n'est pas plus vaste que le territoire de l'État membre en question.

110. Les quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont cumulatives et elles doivent toutes être remplies pour que l'exemption soit applicable ([48]). L'exemption par catégorie peut donc être retirée dès lors qu'un accord donné ne remplit pas une ou plusieurs de ces quatre conditions.

111. Lorsque la procédure de retrait est appliquée, l'autorité retirant le bénéfice de l'exemption doit apporter la preuve que l'accord entre dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, et qu'il ne remplit pas l'ensemble des quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. Compte tenu du fait que le retrait implique que l'accord en cause restreint la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, et ne remplit pas les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, le retrait est nécessairement accompagné d'une décision négative basée sur les articles 5, 7 ou 9 du règlement (CE) n° 1/2003.

112. Conformément à l'article 6, un retrait peut notamment se justifier dans les cas suivants:

1) l'accès au marché de technologies appartenant à des tiers est restreint, par exemple en raison de l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords restrictifs similaires interdisant aux preneurs d'utiliser les technologies de tiers;

2) l'accès au marché de preneurs potentiels est restreint, par exemple en raison de l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords restrictifs similaires interdisant aux donneurs d'accorder des licences à d'autres preneurs;

3) sans raison objectivement valable, les parties n'exploitent pas la technologie concédée.

113. Les articles 4 et 5 du règlement d'exemption par catégorie, dans lesquels figurent la liste des restrictions caractérisées de la concurrence ainsi que les dispositions exclues, ont pour objectif de garantir que les accords bénéficiant d'une exemption par catégorie ne limitent pas l'incitation à innover, ne retardent pas la diffusion des technologies et ne restreignent pas indûment la concurrence entre le donneur et le preneur de la licence ou entre les preneurs. Toutefois, cette liste de restrictions caractérisées et de conditions ne tient pas compte de l'incidence de l'accord sur les tiers. L'exemption par catégorie ne couvre notamment pas les éventuels effets cumulatifs de restrictions similaires contenues dans des réseaux d'accords de licence. Les accords de licence peuvent entraîner l'exclusion de tiers du marché, tant au niveau du donneur qu'au niveau du preneur. L'exclusion d'autres donneurs peut être due à l'effet cumulatif de réseaux d'accords de licences imposant aux preneurs de ne pas exploiter des technologies concurrentes, ce qui aboutit à l'exclusion d'autres donneurs (potentiels). Il y a risque de verrouillage du marché lorsque la plupart des entreprises présentes sur un marché qui seraient susceptibles de prendre (avec efficacité) une licence concurrente sont empêchées de le faire à cause de l'existence d'accords restrictifs et lorsque les preneurs potentiels sont confrontés à des barrières à l'entrée relativement élevées. Il peut y avoir exclusion d'autres preneurs en cas d'effet cumulatif d'accords de licence imposant aux donneurs de ne pas concéder de licences à d'autres preneurs, ce qui empêche des preneurs potentiels d'accéder à la technologie nécessaire. Le problème du verrouillage du marché est examiné plus en détail à la section IV.2.7 ci-dessous.

114. La Commission peut également retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie lorsque les parties s'abstiennent d'exploiter la technologie concédée, sauf si elles ont une raison objective de le faire. En effet, lorsque les parties n'exploitent pas la technologie concédée, aucune intégration efficiente des activités ne peut se produire, et l'exemption par catégorie n'a donc plus de raison d'être. En cas d'accord de licence entre concurrents, le fait que les parties n'exploitent pas la technologie concédée peut vouloir dire que l'accord constitue une entente déguisée couverte par la liste des restrictions caractérisées de la concurrence qui figure à l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie. En outre, lorsqu'il est évident que le preneur n'a pas l'intention d'utiliser la technologie concédée pour produire des biens et des services comportant la technologie concédée, l'accord ne constitue pas un accord de transfert de technologie au sens de l'article 2 du règlement d'exemption par catégorie et il ne peut donc être exempté. Pour toutes ces raisons, la Commission examinera très attentivement les cas de non-exploitation.

6.2. *Non-application du règlement d'exemption par catégorie*

115. L'article 7 du règlement d'exemption par catégorie habilite la Commission à exclure de son champ d'application, par voie de règlement, les réseaux parallèles d'accords similaires couvrant plus de 50 % d'un marché en cause. Cette disposition ne s'adresse pas à des entreprises individuelles, mais concerne toutes les entreprises dont les accords sont définis dans le règlement portant adoption de la non-application du règlement d'exemption par catégorie.

116. Alors que le retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie par la Commission en vertu de l'article 6 implique l'adoption d'une décision au titre des articles 7 ou 9 du règlement (CE) n° 1/2003, un règlement de non-application adopté par la Commission en vertu de l'article 7 du règlement d'exemption par catégorie a simplement pour objet de retirer, pour les restrictions et les marchés en cause, le bénéfice de l'application du règlement d'exemption par catégorie et de restaurer la pleine applicabilité de l'article 81, paragraphes 1 et 3. En cas d'adoption d'un règlement déclarant le règlement d'exemption par catégorie inapplicable à des accords contenant certaines restrictions sur un marché donné, les critères énoncés dans la jurisprudence pertinente des juridictions communautaires ainsi que les communications et les décisions antérieures adoptées par la Commission fourniront des orientations sur l'application de l'article 81 à des accords individuels. Le cas échéant, la Commission adoptera une décision sur un cas individuel qui fournira des orientations à toutes les entreprises opérant sur le marché concerné.

117. Pour le calcul du taux de couverture de 50 %, il conviendra de tenir compte de chaque réseau individuel d'accords de licence comportant des restrictions, ou des combinaisons de restrictions, produisant des effets similaires sur le marché.

118. L'article 7 n'implique pas, pour la Commission, une obligation d'agir dès lors que le taux de couverture de 50 % est dépassé. D'une manière générale, la non-application s'impose lorsqu'il est probable que l'accès au marché en cause, ou la concurrence qui règne sur ce marché, sont restreints de façon sensible. Lorsqu'elle sera appelée à évaluer la nécessité d'appliquer l'article 7, la Commission examinera si un retrait individuel ne constituerait pas une solution plus appropriée. Cela peut notamment dépendre du nombre d'entreprises concurrentes contribuant à produire un effet cumulatif sur un marché ou du nombre des marchés géographiques affectés au sein de la Communauté.

119. Le champ d'application d'un règlement adopté en vertu de l'article 7 doit être clairement défini. Cela signifie tout d'abord que la Commission doit définir les marchés de produits et les marchés géographiques en cause et, ensuite, qu'elle doit identifier le type de restrictions pour lesquelles le règlement d'exemption par catégorie ne sera plus applicable. En ce qui concerne ce dernier aspect, la Commission peut moduler le champ d'application de son règlement en fonction des problèmes de concurrence qu'elle souhaite régler. Par exemple, si tous les réseaux parallèles d'accords de non-concurrence devront être pris en considération pour déterminer si le taux de couverture de 50 % du marché est atteint, la Commission peut néanmoins limiter le champ d'application de son règlement de non-application aux seules obligations de non-concurrence dépassant une certaine durée. C'est ainsi que des accords d'une durée plus courte ou d'une nature moins restrictive pourront ne pas être touchés, l'effet d'exclusion des restrictions en cause étant jugé moins important. Le cas échéant, la Commission pourra également fournir des orientations en spécifiant le niveau de part de marché en dessous duquel elle estime que, dans le contexte en cause, une entreprise isolée ne pourra pas contribuer de façon sensible à l'effet cumulatif. En général, on considère que lorsque la part de marché détenue par les produits comportant une technologie concédée par un donneur individuel ne dépasse pas 5 %, l'accord ou le réseau d'accords couvrant cette technologie ne contribue pas d'une manière significative à un effet cumulatif de verrouillage du marché ([49]).

120. La période de transition de six mois au moins que la Commission devra prévoir conformément à l'article 7, paragraphe 2, devrait permettre aux entreprises concernées d'adapter leurs accords afin de tenir compte du règlement entérinant la non-application du règlement d'exemption par catégorie.

121. Un règlement de non-application du règlement d'exemption par catégorie n'affectera pas l'exemption par catégorie accordée aux accords concernés pendant la période précédant son entrée en vigueur.

## IV. APPRÉCIATION EN DEHORS DU CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE

### 1. Cadre d'analyse général

122. Les accords ne pouvant pas bénéficier d'une exemption par catégorie, par exemple parce que les seuils de parts de marché sont dépassés ou parce que l'accord a été conclu entre plus de deux parties, doivent être appréciés individuellement. Les accords qui soit ne restreignent pas la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, soit remplissent les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont valides et applicables. Rappelons qu'il n'existe aucune présomption d'illégalité pour les accords n'entrant pas dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, pour autant qu'ils ne contiennent pas de restrictions caractérisées de la concurrence. Il n'existe en particulier aucune présomption d'effets restrictifs du simple fait que les seuils de parts de marché sont dépassés. Ces accords doivent être appréciés individuellement.

#### 1.1. *Facteurs pertinents*

123. Lorsque l'on applique l'article 81, paragraphe 1, à des affaires individuelles, il convient de tenir compte de la façon dont la concurrence fonctionne sur le marché concerné. À cet égard, ce sont notamment les facteurs suivants qui doivent être pris en considération:

a) nature de l'accord;

b) position des parties sur le marché;

c) position des concurrents sur le marché;

d) position sur le marché des acheteurs des produits fabriqués sous licence;

e) barrières à l'entrée;

f) degré de maturité du marché; et

g) autres facteurs.

L'importance de chacun de ces facteurs peut varier d'une affaire à l'autre, et elle dépend également de l'ensemble des autres facteurs. Par exemple, le fait que les parties détiennent une part de marché élevée constitue généralement un bon indicateur de leur puissance de marché, sauf lorsque les barrières à l'entrée sont faibles. Il n'est donc pas possible de préciser de façon définitive quelle est l'importance respective de ces différents facteurs.

124. Les accords de transfert de technologie peuvent prendre bien des formes. C'est pourquoi il importe d'analyser *la nature de l'accord* sous l'angle de la relation concurrentielle entre les parties et des restrictions que l'accord contient. En ce qui concerne ce dernier point, il est nécessaire d'aller au-delà des termes précis de l'accord. La façon dont l'accord a été mis en œuvre par les parties et la marge de manœuvre qu'il laisse à celles-ci peuvent indiquer l'existence de restrictions implicites.

125. La *position des parties sur le marché* donne une indication du degré de puissance de marché que possèdent, le cas échéant, le donneur, le preneur, ou les deux. Plus leur part de marché est élevée, plus ils risquent d'être puissants. Cela est notamment le cas lorsque la part de marché traduit des avantages en matière de coûts, ou d'autres avantages concurrentiels, que les parties possèdent vis-à-vis de leurs concurrents. Ces avantages peuvent par exemple être liés au fait d'avoir été le premier à pénétrer sur un marché, de détenir des brevets essentiels ou une meilleure technologie que celles des autres opérateurs.

126. Lors de l'analyse de la relation concurrentielle entre les parties, il est parfois nécessaire d'aller au-delà de l'analyse exposée aux sections II.3 (définition des marchés) et II.4 (distinction entre concurrents et non-concurrents). Même si le donneur n'est pas un fournisseur réel ou potentiel sur le marché de produits et si le preneur n'est pas un concurrent réel ou potentiel sur le marché de technologies, il convient d'analyser si le preneur détient ou non une technologie concurrente pour laquelle aucune licence n'a été concédée. Si le preneur détient une forte position sur le marché de produits, un accord qui lui concède une licence exclusive sur une technologie concurrente peut restreindre la concurrence de façon beaucoup plus importante que cela ne serait le cas si le donneur n'accordait pas de licence exclusive ou concédait des licences à d'autres entreprises.

127. Les parts de marché ainsi que les avantages et inconvénients éventuels sur le plan de la concurrence constituent également des facteurs utilisés pour apprécier la *position des concurrents sur le marché*. Plus les concurrents réels sont forts et plus ils sont nombreux, moins il y a de risque que les parties puissent détenir individuellement de la puissance de marché. Toutefois, si le nombre des concurrents devient très faible et si leur position sur le marché (taille, coûts, potentiel de R & D, etc.) est plutôt similaire, on se trouve en présence d'une structure de marché qui risque de favoriser une collusion.

128. La *position des acheteurs sur le marché* permet de voir si un ou plusieurs des acheteurs possèdent ou non de la puissance d'achat. Le premier indicateur de la puissance d'achat est la part détenue par l'acheteur sur le marché des achats. Cette part reflète l'importance de sa demande de fournisseurs éventuels. D'autres indicateurs sont la position de l'acheteur sur son marché de la revente, y compris des caractéristiques telles que l'étendue géographique de ses débouchés et son image chez les consommateurs finals. Dans certains cas, la puissance d'un acheteur peut empêcher le donneur et/ou le preneur d'exercer sa puissance sur le marché et empêcher ainsi un éventuel problème de concurrence de se poser. C'est notamment le cas lorsque des acheteurs puissants ont la capacité et l'intérêt nécessaires pour introduire de nouvelles sources d'approvisionnement sur le marché en cas d'augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs. Lorsque des acheteurs obtiennent simplement des conditions favorables du fournisseur ou se contentent de répercuter chaque augmentation de prix sur leurs clients, la position qu'ils détiennent n'est pas de nature à empêcher le donneur ou le preneur d'exercer sa puissance sur le marché de produits et donc à résoudre le problème de concurrence qui se pose sur ce marché ([50]).

129. Les *barrières à l'entrée* sont évaluées en calculant la mesure dans laquelle les entreprises présentes sur le marché peuvent augmenter leurs prix au-delà du niveau concurrentiel sans provoquer l'arrivée de nouvelles sociétés. En l'absence de barrières à l'entrée, la possibilité d'une entrée facile et rapide rendrait de telles augmentations non rentables. Lorsque des entrées effectives, qui empêcheront ou limiteront l'exercice d'une puissance de marché, sont susceptibles d'intervenir dans un délai d'un an ou deux, on considère généralement que les barrières à l'entrée sont faibles. Les barrières à l'entrée peuvent être dues à un grand nombre de facteurs, par exemple des économies d'échelle et de gamme, des réglementations, notamment lorsqu'elles créent des droits exclusifs, des aides d'État, des droits de douane à l'importation, des droits de propriété intellectuelle, la possession de ressources dont la disponibilité est limitée, par exemple pour des raisons naturelles, la possession d'installations essentielles, l'avantage lié au fait d'être la première entreprise implantée sur le marché concerné et la fidélité à la marque des consommateurs créée par des actions publicitaires de grande ampleur au cours d'une période prolongée. Des accords restrictifs entre entreprises peuvent également constituer une barrière à l'entrée, en rendant l'accès au marché plus difficile et en excluant des concurrents potentiels. Il peut y avoir des barrières à l'entrée à tous les stades du processus de recherche-développement, de production et de distribution. La question de savoir si certains de ces facteurs devraient être considérés comme des barrières à l'entrée est fonction du fait qu'ils soient ou non liés à des coûts non récupérables. Les coûts non récupérables sont les coûts qui ont été supportés pour pénétrer ou opérer sur un marché, mais qui ne peuvent être recouvrés lorsque l'entreprise quitte ce marché. Plus ces coûts sont importants, plus les nouveaux arrivants potentiels doivent peser les risques que comporte l'entrée sur un marché donné et plus les opérateurs en place pourront menacer, en étant crédibles, de rivaliser avec ces nouveaux concurrents, dans la mesure où les coûts non récupérables rendraient toute sortie du marché coûteuse pour eux. D'une manière générale, toute entrée sur un marché impose des coûts non récupérables, parfois faibles, parfois importants. C'est pourquoi une concurrence réelle est en général plus efficace et pèsera plus dans l'appréciation d'une affaire que la concurrence potentielle.

130. Un *marché parvenu à maturité* est un marché qui existe depuis un certain temps, sur lequel la technologie utilisée est bien connue, largement utilisée et n'évolue plus beaucoup et sur lequel la demande est relativement stable, voire en baisse. Sur un tel marché, des effets négatifs sont plus probables que sur des marchés plus dynamiques.

131. Lors de l'appréciation de restrictions spécifiques, il faudra éventuellement prendre en considération *d'autres facteurs*. Ceux-ci comprennent notamment l'effet cumulatif, c'est-à-dire le pourcentage du marché couvert par des accords similaires, la durée des accords, le cadre réglementaire ainsi que des comportements susceptibles d'indiquer qu'il y a collusion ou de la faciliter, comme par exemple une influence dominante sur les prix, des modifications de prix annoncées à l'avance, des discussions sur le «juste prix», une rigidité des prix en cas de capacité excédentaire, des discriminations par les prix et des comportements collusoires passés.

1.2. *Effets négatifs des accords de licence*

132. Les effets négatifs que les accords de transfert de technologie risquent d'avoir sur la concurrence sont, entre autres, les suivants:

1) réduction de la concurrence intertechnologique entre les sociétés opérant sur un marché de technologie ou sur un marché de produits comportant les technologies en question, y compris la facilitation de la collusion, tant effective qu'implicite;

2) exclusion des concurrents obtenue en faisant monter leurs coûts, en restreignant leur accès à des facteurs de production essentiels ou en élevant d'autres barrières à l'entrée;

3) réduction de la concurrence intratechnologique entre les entreprises fabriquant des produits à partir de la même technologie.

133. Les accords de transfert de technologie risquent de réduire la concurrence intertechnologique, c'est-à-dire la concurrence entre les entreprises qui accordent des licences ou fabriquent des produits sur la base de technologies substituables. C'est notamment le cas lorsque des obligations réciproques sont imposées. Par exemple, lorsque des concurrents se transfèrent mutuellement des technologies concurrentes et imposent une obligation réciproque de se concéder mutuellement les futures améliorations, la concurrence en matière d'innovation entre les parties se trouve restreinte, parce qu'aucun concurrent ne sera en mesure d'obtenir une avance technologique sur l'autre. Lorsque l'accord n'entraîne pas une intégration de technologies favorisant des gains d'efficience et qui compense les effets restrictifs, l'accord est contraire à l'article 81.

134. L'octroi de licences entre concurrents peut également faciliter la collusion. Pour qu'il y ait collusion, il faut normalement que le marché soit concentré et que les entreprises concernées aient la même opinion sur ce qui constitue leur intérêt commun et sur la façon dont les mécanismes de coordination doivent fonctionner. Pour qu'une collusion fonctionne, les entreprises doivent également pouvoir surveiller mutuellement leur comportement sur le marché, réagir à tout écart par rapport à la politique commune convenue et dissuader d'éventuels écarts. Les accords peuvent faciliter la collusion en améliorant la transparence du marché et en élevant des barrières à l'entrée. Des accords de licence entraînant une similarité poussée des coûts peuvent également faciliter la collusion, car des entreprises qui ont des coûts similaires sont plus susceptibles d'avoir des opinions identiques sur les modalités de la coordination à mettre en place ([51]). L'utilisation de la même technologie peut entraîner une forte similarité des coûts. Toutefois, cela n'est pas nécessairement le cas. Même si la production à partir de la technologie concédée représente une partie substantielle des coûts des entreprises concernées, certaines entreprises peuvent faire preuve de plus d'efficacité dans la façon dont elles utilisent la technologie et peuvent également utiliser des facteurs de production différents, ce qui entraîne des coûts différents.

135. Dans le cas des accords de licence, les redevances peuvent être utilisées comme moyen de collusion direct (voir point 77 ci-dessus). Le risque de collusion est particulièrement élevé lorsqu'il y a concession de licences croisées entre concurrents. Il peut également y avoir des risques de ce type lorsqu'un concurrent concède une technologie à un autre concurrent moyennant paiement d'une redevance et achète à ce concurrent un élément intégré au produit pour lequel ils sont en concurrence.

136. Les accords de licence peuvent également avoir une incidence sur la concurrence intertechnologique en créant des barrières empêchant l'entrée de concurrents ou leur expansion. De tels effets de verrouillage peuvent être produits par des restrictions empêchant les preneurs de concéder des licences à des tiers ou les dissuadant de le faire. C'est ainsi que des tiers peuvent être exclus du marché lorsque les donneurs en place imposent aux preneurs des obligations de non concurrence telles que le nombre des preneurs auxquels des tiers peuvent s'adresser est insuffisant et lorsque l'entrée au niveau des preneurs est difficile. Les fournisseurs d'une technologie de substitution peuvent également se voir exclus lorsqu'un donneur possédant une puissance de marché suffisante lie ensemble différentes parties d'une technologie qu'il concède globalement, alors qu'une partie seulement de cet ensemble est nécessaire pour fabriquer un produit donné.

137. Les accords de licence peuvent également réduire la concurrence intratechnologique, c'est-à-dire la concurrence entre les entreprises fabriquant des produits à partir de la même technologie. Un accord qui impose des restrictions territoriales aux preneurs, les empêchant ainsi de vendre sur leurs territoires respectifs, réduit la concurrence entre eux. Il y a également réduction de la concurrence intratechnologique lorsque le donneur s'engage à ne concéder une licence qu'à un ou quelques preneurs seulement ou à limiter la production à certaines quantités données. De tels accords excluent des preneurs potentiels et peuvent également réduire la concurrence entre les preneurs existants. Les accords de licence peuvent également réduire la concurrence intratechnologique en facilitant une collusion entre les preneurs. En outre, les accords de licence qui réduisent la concurrence intratechnologique peuvent faciliter la collusion entre les propriétaires de technologies concurrentes ou réduire la concurrence intertechnologique en créant des barrières à l'entrée.

1.3. *Effets positifs des accords de licence restrictifs et cadre d'analyse de ces effets*

138. Les accords de licence restrictifs peuvent également avoir des effets proconcurrentiels, en l'occurrence des gains d'efficience, susceptibles de compenser leurs effets anticoncurrentiels. L'appréciation se fera en vertu de l'article 81, paragraphe 3, qui prévoit une dérogation à la règle d'interdiction figurant à l'article 81, paragraphe 1. Pour que cette dérogation soit applicable, l'accord de licence doit apporter des avantages économiques objectifs, les restrictions de la concurrence doivent être indispensables pour parvenir à ces gains d'efficience, les consommateurs doivent recevoir une partie équitable de ces gains d'efficience et l'accord ne doit pas donner aux parties la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

139. En ce qui concerne les gains d'efficience, les accords de licence peuvent notamment permettre de réunir des technologies et d'autres actifs complémentaires, ce qui permettra de mettre sur les marchés des produits nouveaux ou améliorés ou encore de fabriquer des produits existants à meilleur coût. À l'exception du cas des ententes caractérisées, la concession de licences est souvent choisie lorsqu'il est plus rationnel, pour le donneur, de concéder sa technologie que de l'exploiter lui-même. Cela peut notamment être le cas lorsque le preneur a déjà accès aux actifs de production nécessaires. L'accord permet alors au preneur d'accéder à une technologie qui peut être combinée à ces actifs, et il pourra ainsi exploiter des technologies nouvelles ou améliorées. Un autre cas dans lequel la concession d'une licence peut potentiellement favoriser les gains d'efficience est celui où le preneur possède déjà une technologie et où la combinaison de cette technologie et de celle du donneur entraîne des synergies. Lorsque les deux technologies sont combinées, le preneur peut alors obtenir un rapport coûts/production qu'il ne pourrait pas atteindre autrement. Les accords de licence peuvent également créer des gains d'efficience au stade de la distribution, tout comme les accords de distribution verticaux. Il peut s'agir d'une réduction des coûts ou de la fourniture de services de meilleure qualité aux consommateurs. Les effets positifs des accords verticaux sont décrits dans les Lignes directrices sur les restrictions verticales ([52]). Des accords par lesquels des détenteurs de technologies mettent ensemble plusieurs technologies pour les concéder sous licence à des tiers peuvent également entraîner des gains d'efficience. De tels accords de regroupement de technologies peuvent notamment réduire les coûts de transaction, dans la mesure où les preneurs ne sont pas obligés de conclure un accord de licence distinct avec chaque donneur.

140. Pour s'assurer que les restrictions sont indispensables, ainsi que l'exige l'article 81, paragraphe 3, la Commission examinera notamment si chaque restriction permet de réaliser l'activité en cause de façon plus efficace que cela aurait été le cas si l'accord ou la restriction concernés n'avaient pas existé. Si le recours à une possibilité moins restrictive devait entraîner des pertes d'efficience sensibles, la restriction concernée serait considérée comme indispensable. Dans certains cas, toutefois, il peut également s'avérer nécessaire d'examiner si l'accord en tant que tel est indispensable pour réaliser les gains d'efficience. Cela peut par exemple être le cas pour les accords de regroupement de technologies comprenant des technologies complémentaires, mais pas essentielles ([53]). Il faut alors examiner dans quelle mesure l'inclusion de ces technologies entraîne des gains d'efficience particuliers ou si l'accord de regroupement peut être limité à des technologies pour lesquelles il n'existe aucun substitut, et ce sans perte sensible d'efficience. Dans le cas d'une simple concession de licence entre deux parties, il n'est généralement pas nécessaire d'aller au-delà d'un examen du caractère indispensable des différentes restrictions. Normalement, il n'existe pas de solutions moins restrictives par rapport à l'accord de licence.

141. La condition imposant que les consommateurs reçoivent une part équitable des profits signifie que les consommateurs des produits fabriqués dans le cadre de la licence doivent bénéficier de compensations au moins pour les effets négatifs de l'accord ([54]). Cela signifie que les gains d'efficience doivent compenser intégralement l'incidence négative éventuelle de l'accord sur les prix et la production. Ils peuvent par exemple avoir des effets sur la structure des coûts des entreprises concernées, les inciter à baisser leurs prix ou permettre aux consommateurs d'avoir accès à des produits nouveaux ou améliorés, pour compenser d'éventuelles hausses de prix.

142. La dernière condition énoncée à l'article 81, paragraphe 3, selon laquelle l'accord ne doit pas donner aux parties la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, présuppose une analyse des autres sources de pressions concurrentielles sur le marché et de l'impact de l'accord sur ces sources de concurrence. Lors de l'application de la dernière condition figurant à l'article 81, paragraphe 3, il convient de tenir compte de la relation entre l'article 81, paragraphe 3, et l'article 82. D'après une jurisprudence constante, l'application de l'article 81, paragraphe 3, ne peut préjuger de l'application de l'article 82 du traité ([55]). En outre, comme les articles 81 et 82 ont tous deux pour objectif le maintien d'une concurrence effective sur le marché, il convient, pour des raisons de cohérence, que l'article 81, paragraphe 3, soit interprété comme excluant toute application de la dérogation aux accords restrictifs qui constituent un abus de position dominante ([56]).

143. Le fait que l'accord réduise sensiblement l'un des paramètres de la concurrence ne signifie pas nécessairement que toute concurrence soit éliminée au sens de l'article 81, paragraphe 3. Un accord de regroupement de technologies, par exemple, peut aboutir à la création d'une norme industrielle et à une situation dans laquelle la concurrence est faible en termes de format technologique. Dès lors que les principaux opérateurs du marché ont adopté un certain format, les effets de réseau font qu'il est très difficile pour les autres formats de survivre. Cela ne

signifie toutefois pas que toute création d'une norme industrielle de fait élimine la concurrence au sens de la dernière condition de l'article 81, paragraphe 3. Dans le cadre de cette norme, les fournisseurs peuvent en effet être en concurrence sur les prix, la qualité et les caractéristiques des produits. Toutefois, pour que l'accord soit conforme à l'article 81, paragraphe 3, il convient de s'assurer qu'il ne restreint pas cette concurrence et qu'il ne restreint pas non plus indûment toute innovation future.

## 2. **Application de l'article 81 à différents types de restrictions propres aux accords de licence**

144. La présente section traite de différents types de restrictions qui sont communes aux accords de licence et qui pourraient limiter la concurrence. Les restrictions qui ont déjà été abordées dans de précédentes parties des présentes Lignes directrices, notamment aux sections III.4 et III.5, ne seront traitées que de façon limitée dans la présente section.

145. Celle-ci couvre à la fois les accords entre non-concurrents et les accords entre concurrents. En ce qui concerne ces derniers, une distinction est opérée, le cas échéant, entre accords réciproques et accords non réciproques. Une telle distinction n'est pas nécessaire dans le cas des accords entre non-concurrents. Lorsque des entreprises ne sont ni des concurrents réels ni des concurrents potentiels sur un marché de technologies en cause ou sur un marché de produits comportant la technologie concédée, la concession de licences croisées ne diffère pas, sur le plan pratique, de la concession de deux licences séparées. La concession de licences croisées se définit comme un accord par lequel une partie accorde une licence à l'autre partie dont elle obtient à son tour une licence, les deux technologies concédées étant à usage interne. Ce terme ne couvre pas les accords par lesquels les parties réunissent un ensemble technologique qui est ensuite concédé sous licence à des tiers. De tels accords constituent des accords de regroupement de technologies et ils sont traités à la section 4 ci-dessous.

146. La présente section ne traite pas des obligations contenues dans les accords de licence qui, quelles que soient les circonstances de l'affaire, ne restreignent pas la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1. Il s'agit notamment des obligations suivantes (liste non limitative): a) obligations de confidentialité, b) obligation imposée aux preneurs de ne pas accorder de sous-licences, c) obligation de ne pas utiliser la technologie concédée après l'expiration de l'accord, pour autant que la technologie concédée demeure valide et en vigueur, d) obligation d'aider le donneur à faire appliquer les droits de propriété intellectuelle concédés, e) obligation de verser des redevances minimums ou de produire une quantité minimum de produits comportant la technologie concédée et f) obligation d'utiliser la marque du donneur ou d'indiquer le nom du donneur sur le produit.

### 2.1. *Obligations en matière de redevances*

147. Les parties à un accord de licence peuvent normalement, sans que cet accord n'entre dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, déterminer librement les redevances payables par le preneur ainsi que leur mode de règlement. Ce principe s'applique tant aux accords entre concurrents qu'aux accords entre non-concurrents, sous réserve de ce qui a été dit à propos des accords de licence entre concurrents aux points 77 et 135 ci-dessus en ce qui concerne les versements réciproques de redevances et au point 78 en ce qui concerne les redevances sur les produits ne comportant pas la technologie concédée. Dans le cas de licences croisées entre concurrents, les obligations de versement de redevances peuvent équivaloir à un accord de fixation des prix et constituer de ce fait une restriction caractérisée de la concurrence. Lorsque l'obligation de versement de redevances s'étend aux produits fabriqués sur la base d'une technologie appartenant au preneur, l'accord entraîne une augmentation de ses coûts et rend sa technologie moins compétitive.

148. Le versement de redevances peut par exemple se faire sous forme du versement de sommes forfaitaires, d'un pourcentage sur le prix de vente ou d'un montant fixe pour chaque produit comportant la technologie concédée. Lorsque la technologie concédée concerne un facteur de production intégré ensuite à un produit final, le fait que les redevances soient calculées sur la base du prix du produit final n'entraîne généralement pas de restrictions de la concurrence, à condition que ce produit comporte la technologie concédée. Le donneur peut normalement aussi appliquer des redevances différentes à chaque preneur sans enfreindre l'article 81, paragraphe 1.

149. Indépendamment du fait que l'exemption par catégorie ne s'applique que si la technologie est valide et appliquée, les parties peuvent normalement, sans enfreindre l'article 81, paragraphe 1, convenir d'étendre l'obligation de versement de redevances au-delà de la durée des droits de propriété intellectuelle concédés. Une fois que ces droits ont expiré, des tiers peuvent légalement exploiter la technologie en question et entrer en concurrence avec les parties à l'accord. Cette concurrence réelle et potentielle suffira normalement pour garantir que les obligations en question n'auront pas d'effets anticoncurrentiels sensibles. Toutefois, l'article 81, paragraphe 1, peut exceptionnellement être applicable, lorsque des tiers sont confrontés à des barrières à l'entrée importantes, qui empêchent ou retardent leur entrée sur le marché en tant que force concurrentielle effective. Dans de telles circonstances, l'accord peut permettre à un donneur disposant d'une forte puissance de marché de la conserver en pesant sur les coûts de ses (anciens) preneurs, qui utilisent désormais la technologie en dehors du cadre de l'accord.

150. Dans le cas d'accords entre non-concurrents, l'exemption par catégorie couvre les accords dans lesquels les redevances sont calculées sur la base de l'ensemble des produits, indépendamment du fait que la technologie concédée soit ou non utilisée. Si de tels accords peuvent faciliter le calcul des redevances, ils peuvent également entraîner un verrouillage du marché en accroissant les coûts des facteurs de production pour les tiers, et avoir ainsi des effets similaires à ceux d'une obligation de non concurrence. Si le preneur obtient une licence d'un tiers, le coût de cette licence s'accroît du fait des redevances payables au donneur. En dehors du champ d'application de l'exemption par catégorie, il convient donc d'examiner si la restriction est susceptible de verrouiller le marché. Pour cela, il faut appliquer le cadre d'analyse défini à la section 2.7 ci-dessous. Lorsque les effets de verrouillage du marché sont sensibles, de tels accords sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, et il est peu probable qu'ils remplissent les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3.

2.2. *Accords de licence exclusifs et restriction des ventes*

151. Une licence est considérée comme exclusive aux fins des présentes lignes directrices lorsque le donneur s'engage à ne pas accorder de licence à d'autres preneurs ou à ne pas accorder de licence à d'autres preneurs sur un territoire donné ou pour un groupe de clients donné. Une licence exclusive ne signifie pas en soi que le donneur est soumis à des restrictions quant au lieu où il fabrique les produits comportant la technologie concédée, ou que le donneur et d'autres preneurs sont soumis à des restrictions en ce qui concerne leurs ventes sur un territoire exclusif ou à un groupe de clients exclusif. Toutefois, les licences exclusives sont très souvent accompagnées de restrictions des ventes. En ce qui concerne ces restrictions des ventes, il importe d'opérer une distinction entre les accords de licence entre concurrents et entre non-concurrents. Dans le cas des accords entre concurrents, les restrictions des ventes constituent des restrictions caractérisées conformément à l'article 4, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie (voir point 81 ci-dessus). Les restrictions des ventes contenues dans les accords de licence entre non-concurrents sont traitées ci-dessous (voit points 157 à 161).

152. Dans les accords entre concurrents, la restriction imposée au donneur de ne pas accorder de licence à d'autres preneurs en général ou pour un territoire ou un groupe de clients donnés peut avoir pour principal effet de verrouiller l'accès au marché d'autres preneurs (potentiels). Cette limitation de l'accès au marché peut, en outre, favoriser une collusion entre les parties et restreindre la concurrence intertechnologique. C'est notamment le cas lorsque des parties disposant d'une forte position sur le marché concluent un accord réciproque par lequel elles se concèdent mutuellement une licence exclusive sur leurs technologies respectives. Les parties s'accordent alors pour ne pas octroyer de licence à des tiers dans le cadre de l'exclusivité convenue.

153. Dans les accords entre non-concurrents, la restriction imposée au donneur de ne pas accorder de licence à d'autres preneurs en général ou pour un territoire ou un groupe de clients donnés peut avoir deux effets anticoncurrentiels principaux: a) verrouillage de l'accès d'autres preneurs (potentiels) au marché et b) réduction de la concurrence intratechnologique entre le donneur et les preneurs et entre les preneurs, notamment lorsqu'il y a aussi restriction des ventes.

154. Toutefois, les licences exclusives peuvent également entraîner des gains d'efficience. L'exclusivité peut par exemple inciter le preneur à investir plus rapidement dans l'exploitation de la technologie concédée. Elle peut également favoriser des investissements permanents, en évitant le parasitisme. La mesure dans laquelle le parasitisme peut poser des problèmes dépend de la nature des produits comportant la technologie concédée et de la mesure dans laquelle le preneur est impliqué dans la commercialisation et la fourniture de services préalables à la vente. Lorsque le preneur vend les produits sous sa propre marque, les possibilités de parasitisme sont plus limitées que si les produits sont vendus sous une marque commune.

155. Il résulte de ce qui précède que le principal risque anticoncurrentiel lié aux licences exclusives non assorties d'une restriction des ventes, est le verrouillage de l'accès au marché de preneurs potentiels. Dans le cas des accords entre concurrents, les licences exclusives peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 20 %. Au-delà de ce seuil, la concession de licences exclusives entre concurrents peut notamment entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, lorsque le preneur détient une grande puissance de marché, lorsque l'entrée sur le marché de technologies est difficile et lorsque la technologie concédée constitue une source réelle de concurrence sur le marché. Une licence exclusive peut alors verrouiller l'accès au marché pour les tiers et permettre au preneur de conserver sa puissance de marché. Pour empêcher l'arrivée de nouveaux opérateurs ou l'expansion de concurrents en place, le preneur peut être disposé à partager ses profits avec le donneur. En effet, pour préserver sa position sur le marché, le preneur peut être disposé à payer plus pour la licence exclusive que des tiers qui seraient confrontés à la concurrence du preneur. Dans de telles circonstances, il est très peu probable que les conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3, puissent être remplies. Même si la combinaison des deux technologies donne lieu à des gains d'efficience, il est peu probable que l'exclusivité soit indispensable.

156. Dans le cas d'un accord réciproque entre concurrents par lequel les parties s'accordent mutuellement une licence exclusive sur leurs technologies respectives, il existe, en plus du risque d'exclusion d'autres preneurs, le risque que l'accord réduise la concurrence intertechnologique entre les parties. S'il n'y a avait pas exclusivité, les deux parties pourraient accorder des licences à des tiers, qui constitueraient une nouvelle source de concurrence sur le marché. En convenant de ne pas le faire, les parties

s'assurent qu'elles resteront les seuls producteurs des produits comportant la technologie concédée. De tels accords sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, lorsque les parties détiennent une forte position sur le marché. Pour que les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, soient remplies, il faudrait prouver que les licences entraînent une intégration de technologies permettant des gains d'efficience profitables aux consommateurs et que l'exclusivité est nécessaire pour que ces gains d'efficience soient réalisés. L'exclusivité ne sera normalement considérée comme nécessaire que si l'utilisation de la technologie concédée nécessite des investissements non récupérables importants. Dans ce cas, les risques auxquels les preneurs sont confrontés peuvent être si importants que l'exclusivité constitue le seul moyen de les inciter à consentir les investissements nécessaires.

157. Dans le cas des accords entre non-concurrents, les licences exclusives bénéficient d'une exemption par catégorie à concurrence du seuil de part de marché de 30 %. Au-delà de ce seuil, les licences exclusives en tant que telles ne risquent guère d'entraîner un verrouillage sensible du marché, à moins qu'il n'y ait qu'un nombre limité d'autres technologies viables sur le marché et que la plupart des technologies disponibles soient concédées à des conditions exclusives. Les risques de verrouillage sont plus sérieux lorsque deux ou plusieurs donneurs accordent, par des accords bilatéraux distincts, des licences exclusives au même preneur que lorsque les technologies sont concédées à des preneurs différents. Des licences exclusives multiples accordées à un même preneur peuvent également favoriser une collusion entre donneurs concurrents sur le même marché de technologies. L'octroi de licences à un même preneur ou à des preneurs identiques peut permettre aux donneurs de coordonner leur action en matière de redevances, c'est-à-dire du prix payé pour la licence. Toutefois, une telle coordination sera sans doute plus difficile dans le cas de l'octroi de licences que dans le cas de la distribution, où des concessions exclusives multiples peuvent susciter des problèmes de concurrence plus graves ([57]). Toutefois, comme dans le cas des accords entre concurrents, l'exclusivité peut être nécessaire pour inciter le preneur à investir dans la technologie concédée; les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, peuvent alors être remplies. Lorsque le preneur doit consentir des investissements non récupérables importants, les accords concédant une licence exclusive sont susceptibles de remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sauf lorsqu'il n'existe sur le marché aucune solution de remplacement réelle à la technologie du donneur ou lorsque la plupart des technologies disponibles ont été concédées sous licence au même preneur.

158. Les restrictions des ventes imposées aux parties dans le cadre d'une licence exclusive sont traitées à la section II.4 ci-dessus relative à la liste des restrictions caractérisées figurant à l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie, ainsi qu'au point 151 ci-dessus pour ce qui est des licences exclusives entre concurrents. En ce qui concerne les restrictions des ventes entre non-concurrents, il convient de rappeler que ces restrictions sont couvertes par l'article 4, paragraphe 2, point b), du règlement d'exemption par catégorie (voir points 90 à 96 ci-dessus). Les restrictions des ventes sont généralement considérées comme des restrictions caractérisées, mais cette classification comporte plusieurs exceptions importantes.

159. Rappelons que dans le cas des accords entre non-concurrents, la restriction des ventes entre le donneur et les différents preneurs peut bénéficier d'une exemption par catégorie à concurrence du seuil de part de marché. Au-delà de ce seuil, la restriction des ventes actives et passives entre territoires ou groupes de clients réservés au donneur et territoires et groupes de clients concédés au preneur sur une base exclusive peut entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, par exemple lorsque le donneur possède lui-même une grande puissance de marché ou lorsqu'il y a effet cumulatif d'accords similaires conclus par des donneurs qui détiennent collectivement une forte position sur le marché. Toutefois, si les parties ne sont pas des concurrents et si l'on peut parvenir à la conclusion, sur la base de facteurs objectifs, qu'en l'absence de restriction des ventes, il n'y aurait pas eu concession de la licence, l'accord ne relève pas de l'article 81, paragraphe 1. Cela peut être le cas lorsque le donneur opère sur le même marché de produits que le preneur et que celui-ci n'aurait pas pu accéder à ce marché si la licence ne lui avait pas été concédée. On ne peut normalement pas attendre du propriétaire d'une technologie qu'il suscite l'arrivée de concurrents directs sur le marché de sa propre technologie.

160. Les restrictions imposées aux ventes du donneur, lorsqu'elles relèvent de l'article 81, paragraphe 1, remplissent normalement les conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3, sauf lorsqu'il n'existe sur le marché aucune solution de remplacement réelle à la technologie du donneur ou lorsque ces solutions de remplacement sont concédées au preneur par des tiers. De telles restrictions, notamment celles relative aux ventes actives, sont souvent indispensables pour inciter le preneur à investir dans la production, la commercialisation et la vente des produits comportant la technologie concédée. Il est probable que le preneur serait nettement moins incité à investir s'il devait se trouver confronté à la concurrence directe du donneur, dont les coûts de production ne sont pas grevés par les redevances à payer, ce qui pourrait conduire à des niveaux sous-optimaux d'investissement.

161. En ce qui concerne les ventes entre preneurs, le règlement accorde une exemption par catégorie aux ventes actives entre territoires exclusifs ou groupes de clients exclusifs. Au-delà des seuils de part de marché, la restriction des ventes actives entre les territoires exclusifs et les groupes de clients exclusifs des preneurs limite la concurrence intratechnologique et est susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, si un preneur détient une forte puissance de marché. Toutefois, ce type de restrictions peut remplir les conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3, lorsqu'elles sont nécessaires pour empêcher tout parasitisme et inciter le preneur à effectuer l'investissement nécessaire à l'exploitation efficace de la technologie concédée à l'intérieur de son territoire et à promouvoir les ventes des produits fabriqués sous licence. La restriction des ventes passives figure dans la liste des restrictions caractérisées mentionnées à l'article 4, paragraphe 2, point b) (voir point 93 ci-dessus). Ce type de restrictions ne remplit généralement pas les conditions mentionnées à l'article 81, paragraphe 3.

162. Les accords de licence par lesquels deux parties ou plus se concèdent des licences de technologies croisées sur une base exclusive posent des problèmes particuliers lorsque l'ensemble des technologies ainsi concédées aboutit à la création d'une norme industrielle de fait à laquelle les tiers doivent avoir accès pour devenir des concurrents effectifs sur le marché en cause. Dans de tels cas, l'accord crée une norme fermée réservée aux parties. La Commission appréciera ces accords sur la base des mêmes principes que ceux appliqués aux accords de regroupement de technologies (voir section 4 ci-dessous). Elle exigera normalement que les technologies à la base de la norme soient concédées à des tiers à des conditions raisonnables ([58]). Lorsque les parties à l'accord sont en concurrence avec des tiers sur un marché de produits et que les accords de licence portent sur ce marché, un accord d'exclusivité entre les parties risque d'avoir des effets d'exclusion importants. L'incidence négative de ces accords sur la concurrence ne peut être évitée qu'en concédant également des licences à des tiers. Lorsque la technologie concédée permet aux parties de créer un nouveau marché et lorsque, par conséquent, les produits fabriqués avec la technologie concédée ne sont pas en concurrence avec des produits existants, l'exclusivité sera appréciée de la même manière que d'autres accords de licence. Les restrictions imposées aux parties qui concèdent des licences sur leur propre technologie peuvent être couvertes par l'article 81, mais les parties ne sont normalement pas obligées de concéder collectivement une licence globale aux tiers.

2.3. *Limitation de la production*

163. La limitation de la production dans le cadre d'accords de licence entre concurrents constitue une restriction caractérisée relevant de l'article 4, paragraphe 1, point b), du règlement d'exemption par catégorie, à l'exception de la limitation non réciproque de la production imposée au preneur. Cette restriction ne figure dans la liste des restrictions caractérisées, mais elle est exclue de l'exemption par catégorie conformément à l'article 5, paragraphe 5, du règlement d'exemption par catégorie (voir points 80 et 105 ci-dessus). Toute limitation de la production du preneur peut restreindre la concurrence dès lors que la position du ou des preneurs sur le marché a une certaine importance et que l'accord impose une limitation réelle de la production totale du preneur. Dans ce cas, l'accord restreint sensiblement la concurrence qui régnait avant l'accord. Lors de l'appréciation de ce type de cas, il convient de comparer la limitation quantitative avec la production du preneur avant l'accord ainsi que les prévisions de croissance du marché. Il convient également d'apprécier dans quelle mesure il est possible que le preneur décide d'utiliser la technologie du donneur pour l'ensemble de sa production, ou, inversement, s'il va continuer à employer sa propre technologie de façon autonome ou s'il le fait effectivement.

164. Toutefois, une limitation non réciproque de la production dans des accords entre concurrents peut également avoir des effets proconcurrentiels. Elle peut notamment être nécessaire pour inciter le donneur à diffuser sa technologie, et ce aussi largement que possible. Un donneur pourrait par exemple hésiter à concéder sa technologie à ses concurrents s'il n'avait pas la possibilité de limiter la licence à un site de production particulier ayant une capacité donnée (licence de site). Si l'accord de licence entraîne une réelle intégration d'actifs complémentaires, la limitation de la production du preneur peut remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. Toutefois, cela ne sera probablement pas le cas si les parties disposent d'une puissance de marché importante et si l'accord entraîne une limitation réelle de la production du preneur.

165. La restriction de la production dans les accords de licence entre non-concurrents bénéficie d'une exemption par catégorie à concurrence du seuil de part de marché de 30 %, à condition que le donneur ne soit pas obligé de limiter la production d'autres preneurs ou la production totale de tous les preneurs. Dans ce cas, on considère généralement que l'accord équivaut à une pratique concertée limitant la production au niveau des preneurs.

166. Le principal risque anticoncurrentiel lié à la limitation de la production des preneurs dans les accords entre non concurrents est une réduction de la concurrence intra-technologique entre preneurs. L'importance de ces effets anticoncurrentiels dépend de la position détenue sur le marché par le donneur et par les preneurs, et de la mesure dans laquelle la limitation de la production impose une limitation réelle des ventes de chaque preneur.

167. La limitation de la production peut également être utilisée pour faciliter le cloisonnement des marchés et pour étendre la protection territoriale au-delà de ce qui est autorisé par le règlement d'exemption par catégorie et par les présentes lignes directrices. Toutefois, la Commission ne partira pas du principe que les limitations quantitatives ont en soi un tel objectif. Mais il en ira autrement si les limitations quantitatives sont utilisées pour mettre en œuvre un accord sous-jacent de cloisonnement du marché. Parmi les indications de l'existence d'un tel accord, on peut citer l'adaptation des quantités dans le temps afin de ne couvrir que la demande locale, des versements de redevances différents en fonction de la destination des produits et le contrôle de la destination des produits vendus par les différents preneurs.

168. Lorsque la limitation de la production est combinée avec des territoires exclusifs ou des groupes de clients exclusifs, les effets restrictifs se trouvent accrus. Si ces deux types de restriction sont réunis, il y a de fortes possibilités qu'un accord ait pour but de cloisonner le marché.

169. Les limitations de production imposées aux preneurs peuvent également avoir des effets proconcurrentiels, lorsqu'elles favorisent la diffusion d'une technologie. En tant que fournisseur de technologie, le donneur, tout comme les fournisseurs de biens physiques, devrait normalement être libre de déterminer les quantités qu'il vend. Les droits de propriété intellectuelle étant intégrés soit à un processus de production ou à un produit, un donneur peut déterminer sa production en limitant l'utilisation de la technologie concédée par le preneur à un certain nombre d'opérations ou à certaines quantités. Si le donneur n'était pas libre de déterminer la production du preneur, un certain nombre d'accords de licence ne seraient jamais conclus, ce qui aurait une incidence négative sur la diffusion des technologies nouvelles. Cela risque notamment d'être le cas lorsque le donneur est également un producteur, car la production des preneurs peut alors se retrouver sur le principal territoire d'activités du donneur et avoir ainsi une incidence directe sur ces activités. En revanche, la limitation de la production est sans doute moins nécessaire pour garantir la diffusion de la technologie du donneur lorsqu'elle est combinée avec une limitation des ventes du preneur imposant à celui-ci de ne pas vendre sur un territoire ou à un groupe de clients réservés au donneur.

2.4. *Limitation du domaine d'utilisation*

170. Lorsqu'il y a limitation du domaine d'utilisation, la licence est limitée soit à un ou plusieurs domaines techniques d'application ou à un ou plusieurs marchés de produits. Il existe de nombreux cas dans lesquels une même technologie peut être utilisée pour fabriquer différents produits ou peut être intégrée à des produits appartenant à des marchés de produits différents. Une nouvelle technologie de moulage peut par exemple être utilisée pour fabriquer des bouteilles et des verres en plastique, deux produits appartenant à des marchés différents. Le facteur déterminant est de savoir si les produits comportant la technologie concédée appartiennent à des marchés de produits distincts. Une restriction imposée au preneur sur la base de l'utilisation faite par l'acheteur des produits comportant la technologie concédée ne constitue pas une limitation du domaine d'utilisation aux fins des présentes lignes directrices. Il s'agit alors d'une restriction concernant le client. Par exemple, un accord de licence aux termes duquel un preneur est autorisé à produire des transmissions destinées à être intégrées dans des voitures ayant des moteurs de quatre cylindres au moins, alors qu'un autre preneur est autorisé à produire les mêmes transmissions pour des voitures ayant des moteurs de plus quatre cylindres, répartit les clients entre les preneurs et n'est pas considéré comme une limitation du domaine d'utilisation. Les restrictions liées aux clients sont couvertes par l'article 4, paragraphe 1, point c), et par l'article 4, paragraphe 2, point b), du règlement d'exemption par catégorie et sont traitées aux points 77 et 84 à 90 ci-dessus.

171. Dans le cas des accords entre concurrents, les restrictions réciproques et non réciproques du domaine d'utilisation imposées au donneur de la licence sont des restrictions caractérisées en vertu de l'article 4, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie (voir point 82 ci-dessus). La limitation du domaine d'utilisation couverte par l'article 4, paragraphe 1, point c), relève de l'article 81, paragraphe 1, et a peu de chances de remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, notamment la troisième condition concernant le caractère indispensable de l'accord.

172. Les restrictions du domaine d'utilisation imposées au preneur dans un accord de licence non réciproque entre concurrents bénéficient de l'exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 20 %. Le principal problème de concurrence dans le cas de telles restrictions est le risque que le preneur cesse d'être une force concurrentielle dans le champ d'application de la restriction du domaine d'utilisation. Des problèmes de concurrence peuvent notamment se poser lorsque les installations de production du preneur, équipées en vue de l'utilisation de la technologie concédée, sont également utilisées pour fabriquer des produits couverts par la limitation du domaine d'utilisation. Si, dans ces conditions, l'accord est susceptible d'avoir ou a eu une incidence négative sur la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie dans le cadre de la restriction du domaine d'utilisation imposée par le donneur, le contraignant ainsi à réduire sa production, l'accord restreint la concurrence qui existait avant sa conclusion. Dans ce cas, l'accord est susceptible d'être couvert par l'article 81, paragraphe 1, et a peu de chances de remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, puisqu'il est peu probable que les consommateurs des produits couverts par la limitation du domaine d'utilisation obtiennent une partie équitable des avantages ([59]). Si, dans de tels cas, l'accord bénéficie de l'exemption par catégorie, cette exemption est susceptible d'être retirée.

173. La limitation du domaine d'utilisation dans les accords entre non-concurrents dans lesquels le donneur se réserve un ou plusieurs marchés de produits ou domaines d'utilisation techniques ne restreint généralement pas la concurrence et est propice aux gains d'efficience. Elle favorise la diffusion de technologies nouvelles et utiles en incitant le donneur à accorder des licences d'exploitation pour les domaines dans lesquels il ne souhaite pas exploiter lui-même la technologie concernée. Si le donneur ne pouvait pas empêcher les preneurs d'opérer dans les domaines où il exploite lui-même sa technologie, il n'aurait plus aucun intérêt à concéder des licences.

174. Le donneur est normalement également habilité à accorder à des preneurs différents des licences limitées à un ou plusieurs domaines d'utilisation. Étant donné que les produits en cause appartiennent à des marchés de produits différents (voir point 170 ci-dessus), de telles restrictions n'entraînent pas l'attribution de clients ou de territoires. Toutefois, lorsqu'elles sont combinées à une exclusivité, c'est-à-dire à l'obligation imposée au donneur de ne pas accorder de licences à d'autres preneurs dans un domaine d'utilisation donné, ces restrictions limitent la concurrence intratechnologique entre preneurs de la même façon que les licences exclusives et sont analysées de la même manière (voir point 2.2 ci-dessus).

2.5. *Obligation d'usage captif*

175. Une obligation d'usage captif est une obligation imposée au preneur de limiter la fabrication des produits en cause aux quantités requises pour la production de ses propres produits ainsi que pour l'entretien et la réparation de ses produits. En d'autres termes, ce type de limitation de l'usage se traduit par l'obligation imposée au preneur de n'utiliser les produits comportant la technologie concédée que comme facteurs de production destinés à être intégrés à ses propres produits, mais elle ne couvre pas la vente des produits destinés à être intégrés à ceux d'autres producteurs.

176. L'obligation d'usage captif bénéficie d'une exemption par catégorie à concurrence des seuils de part de marché respectifs de 20 % et 30 %. Lorsque les accords concernés ne peuvent pas bénéficier de l'exemption par catégorie, il convient d'examiner quels sont les effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels des restrictions en cause. À cet égard, il est nécessaire d'opérer une distinction entre accords entre non-concurrents et accords entre concurrents.

177. Dans le cas des accords de licence entre concurrents, une restriction imposant au preneur de ne fabriquer les produits faisant l'objet de la licence que pour les intégrer à ses propres produits l'empêche de fournir les composants en question à des producteurs tiers. Si avant que l'accord ne soit conclu, le preneur n'était pas un fournisseur réel ou potentiel de ces composants à d'autres producteurs, l'obligation d'usage captif ne changera rien à la situation. Dans ce cas, la restriction sera traitée de la même façon que dans le cas des accords entre non-concurrents. En revanche, si le preneur est un fournisseur réel ou potentiel du composant, la restriction imposée limite la concurrence qui existait avant l'accord et peut entraîner des effets négatifs graves sur le marché. Une obligation d'usage captif entre fournisseurs concurrents d'un composant peut avoir pour effet d'organiser un partage du marché entre eux, notamment dans le cas de licences croisées avec obligation réciproque d'usage captif. En outre, si c'est non seulement l'usage de la technologie concédée qui est limité, mais également l'usage que le preneur peut faire de sa propre technologie, il y aura restriction caractérisée en vertu de l'article 4, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie.

178. En ce qui concerne les accords de licence entre non-concurrents, les obligations d'usage captif peuvent comporter deux grands risques pour la concurrence: a) une restriction de la concurrence intratechnologique sur le marché de la fourniture des facteurs de production et b) une exclusion de l'arbitrage entre preneurs, qui confère au donneur une plus grande possibilité d'imposer des redevances discriminatoires aux preneurs.

179. Toutefois, l'obligation d'usage captif peut également favoriser la concurrence. Si le donneur est un fournisseur de composants, la restriction peut être nécessaire pour que la technologie puisse être diffusée. Si l'on peut supposer, sur la base de facteurs objectifs, que le preneur n'accorderait pas de licence si la restriction n'existait pas, parce que cela ferait apparaître des concurrents directs sur le marché de composants, la restriction n'est pas systématiquement couverte par l'article 81, paragraphe 1. Toutefois, il faut impérativement que le preneur ait toute liberté de vendre les produits en cause en tant que pièces de rechange pour ses propres produits. Il doit être en mesure d'assurer le service après-vente, y compris par le biais de sociétés de service après-vente indépendantes qui entretiennent et réparent ses produits.

180. Lorsque le donneur n'est pas un fournisseur de composants sur le marché en cause, la raison justifiant l'obligation d'usage captif mentionnée ci-dessus est sans objet. Dans de tels cas, une obligation d'usage captif peut en principe favoriser la diffusion de la technologie, en garantissant que les preneurs ne vendront pas les composants à des producteurs qui sont en concurrence avec le donneur sur d'autres marchés. Toutefois, il existe alors normalement une autre solution moins restrictive, qui consiste à imposer au preneur de ne pas vendre à certains groupes de clients réservés au donneur. Par conséquent, dans de tels cas, une obligation d'usage captif n'est normalement pas nécessaire pour que la technologie puisse être diffusée.

181. Les obligations d'usage captif peuvent également avoir des effets favorables lorsqu'elles permettent au donneur de surveiller plus efficacement le paiement des redevances. Il peut être plus facile de procéder à un tel contrôle lorsque les redevances peuvent être facturées pour chaque produit comportant le produit fabriqué sur la base de la technologie concédée. Toutefois, lorsque le donneur possède une importante puissance de marché, un tel effet favorable a peu de chances de contrebalancer les effets anticoncurrentiels.

2.6. *Licences liées*

182. Dans le domaine des licences de technologie, des licences peuvent être liées lorsque le donneur subordonne la concession d'une technologie (le produit liant) au fait que le preneur prenne également une licence pour une autre technologie ou achète un produit au donneur ou à une personne désignée par lui (le produit lié). Il n'y a pas licences liées lorsque le produit liant n'est pas distinct du produit lié. Des technologies ou des produits sont considérés comme distincts lorsque, en l'absence du lien, ils appartiennent à des marchés différents du point de vue du preneur/acheteur. Ce n'est normalement pas le cas lorsque les technologies ou produits sont liés de façon telle que la technologie concédée ne puisse pas être exploitée sans le produit lié.

183. Les licences liées bénéficient d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 20 % dans le cas des accords entre concurrents et jusqu'au seuil de 30 % dans le cas des accords entre non-concurrents. Au-delà de ces seuils, il est nécessaire de peser les effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels de l'accord.

184. Lorsque le donneur dispose d'une certaine puissance sur le marché du produit lié plutôt que sur celui du produit liant, la restriction est considérée comme une clause de non-concurrence ou une obligation quantitative, en raison du fait que tout problème de concurrence a son origine sur le marché du produit «lié» et non du produit «liant» ([60]). L'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, qui subordonne l'application de l'exemption par catégorie aux seuils de parts de marché, garantit que de tels accords ne bénéficieront pas de l'exemption par catégorie au-delà des seuils de parts de marché de 20 % et 30 % respectivement. Les seuils s'appliquent à tout marché de technologies ou de produits en cause, y compris le marché du produit lié.

185. Le principal effet restrictif des licences liées est d'exclure les fournisseurs concurrents du produit lié. Toutefois, elles peuvent également permettre au donneur d'augmenter les redevances, notamment lorsque le produit liant et le produit lié sont partiellement substituables et que les deux produits ne sont pas utilisés dans des proportions fixes. Les licences liées empêchent le preneur de passer à des produits de substitution lorsqu'il y a augmentation des redevances pour le produit lié. Ces problèmes de concurrence sont indépendants du fait que les parties à l'accord soient ou non des concurrents. Pour que les licences liées soient susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels, le donneur doit posséder une puissance de marché pour les produits liants, afin de pouvoir restreindre la concurrence sur les produits liés. En l'absence de puissance de marché pour le produit liant, le donneur ne peut pas utiliser sa technologie dans le but anticoncurrentiel d'exclure les fournisseurs du produit lié. En outre, tout comme dans le cas des obligations de non-concurrence, le lien doit couvrir une certaine proportion du marché du produit lié pour qu'il puisse y avoir verrouillage du marché.

186. Les licences liées peuvent également entraîner des gains d'efficience. C'est par exemple le cas lorsque le produit lié est nécessaire pour que la technologie concédée puisse être exploitée de façon techniquement satisfaisante ou pour garantir que la production soit conforme aux normes de qualité observées par le donneur et par les autres preneurs. Normalement, dans de tels cas, les licences liées soit ne restreignent pas la concurrence soit sont couvertes par l'article 81, paragraphe 3. Lorsque les preneurs utilisent la marque ou le nom du donneur ou lorsqu'il est clair, pour les consommateurs, qu'il existe un lien entre le produit comportant la technologie concédée et le donneur, il est légitime que le donneur s'assure que la qualité des produits soit telle qu'elle ne porte pas atteinte à sa technologie ou à sa réputation en tant qu'opérateur économique. En outre, lorsque les consommateurs savent que les preneurs (et le donneur) fabriquent les produits à partir de la même technologie, il est peu probable que les preneurs accepteraient de prendre une licence si la technologie n'était pas exploitée par tous d'une façon techniquement satisfaisante.

187. Les licences liées peuvent également favoriser la concurrence lorsque le produit lié permet au preneur d'exploiter la technologie concédée de façon beaucoup plus efficace qu'avec d'autres solutions. Par exemple, lorsque le donneur concède une technologie portant sur un processus particulier, les parties peuvent également convenir que le preneur achètera au donneur un catalyseur mis au point pour être utilisé avec la technologie concédée et qui permet d'exploiter celle-ci de façon plus efficace qu'avec d'autres catalyseurs. Lorsqu'une restriction de ce type entre dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, les conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3, sont susceptibles d'être également remplies lorsque les parts de marché sont supérieures aux seuils fixés dans le règlement d'exemption par catégorie.

2.7. *Obligations de non-concurrence*

188. Dans le contexte des accords de technologie, les obligations de non-concurrence consistent à imposer au preneur de ne pas utiliser des technologies appartenant à des tiers qui seraient en concurrence avec la technologie concédée. Lorsque l'obligation de non-concurrence couvre un produit ou une technologie supplémentaires fournis par le donneur, l'obligation relève de la section précédente relative aux licences liées.

189. Le règlement d'exemption par catégorie exempte les obligations de non-concurrence à la fois pour les accords entre concurrents et pour les accords entre non-concurrents jusqu'aux seuils de parts de marché de 20 % et 30 % respectivement.

190. Le principal risque que les obligations de non-concurrence posent pour la concurrence est l'élimination de technologies appartenant à des tiers. Elles peuvent également faciliter la collusion entre donneurs, lorsqu'il y a usage cumulatif. L'exclusion de technologies concurrentes réduit les pressions concurrentielles qui s'exercent sur les redevances facturées par le donneur et limite aussi la concurrence entre les technologies en place en réduisant les possibilités de passage d'une technologie à l'autre

qu'ont les preneurs. Les accords entre concurrents et les accords entre non-concurrents peuvent généralement être analysés de la même manière, dans la mesure où dans les deux cas, c'est l'exclusion des autres technologies qui constitue le principal problème. Toutefois, dans le cas d'un accord de licences croisées entre concurrents dans lequel les deux parties conviennent de ne pas utiliser des technologies appartenant à des tiers, l'accord peut faciliter une collusion entre elles sur le marché de produits, ce qui justifie la fixation d'un seuil de part de marché plus faible de 20 %.

191. Il peut y avoir verrouillage du marché lorsqu'une partie importante des preneurs potentiels sont déjà liés à une ou, dans le cas d'effets cumulatifs, à plusieurs sources technologiques et n'ont pas la possibilité d'exploiter des technologies concurrentes. Un verrouillage peut être provoqué par des accords conclus par un seul donneur disposant d'une grande puissance de marché ou par l'effet cumulatif d'accords conclus par plusieurs donneurs, même lorsque chaque accord individuel ou réseau individuel d'accords est couvert par le règlement d'exemption par catégorie. Dans ce dernier cas, toutefois, un effet cumulatif grave n'est guère susceptible de se produire tant que la proportion du marché lié par les accords est inférieure à 50 %. Au-delà de ce seuil, le risque d'y avoir un verrouillage sensible du marché lorsque les barrières à l'entrée de nouveaux preneurs sont relativement élevées. Si ces barrières sont faibles, de nouveaux preneurs pourront pénétrer sur le marché et exploiter commercialement des technologies attractives détenues par des tiers, et constituer ainsi une réelle alternative aux preneurs en place. Afin de déterminer quelles sont les possibilités réelles d'entrée et d'expansion dont disposent les tiers, il convient également de tenir compte de la mesure dans laquelle les distributeurs sont liés aux preneurs par des obligations de non-concurrence. En effet, les technologies appartenant à des tiers n'auront de réelles possibilités de pénétrer sur le marché que si elles ont accès aux actifs de production et de distribution nécessaires. En d'autres termes, la facilité d'accès dépend non seulement de l'existence d'un nombre suffisant de preneurs, mais également de la mesure dans laquelle ils ont accès à la distribution. Pour apprécier les effets de verrouillage au niveau de la distribution, la Commission utilisera le cadre d'analyse exposé à la section IV.2.1 des Lignes directrices sur les restrictions verticales ([61]).

192. Lorsque le donneur détient une forte puissance de marché, toute obligation imposée aux preneurs de n'acquérir la technologie qu'auprès du donneur peut entraîner des effets de verrouillage sensibles. Plus la position détenue par le donneur sur le marché est forte, plus le risque d'exclusion des technologies concurrentes est élevé. Pour que les effets de verrouillage soient sensibles, il n'est pas nécessaire que les obligations de non-concurrence couvrent une partie substantielle du marché; il suffit que les obligations de non-concurrence visent les entreprises qui sont le plus susceptibles de concéder des technologies concurrentes. Le risque de verrouillage est particulièrement élevé lorsqu'il y a seulement un nombre limité de preneurs potentiels et lorsque l'accord de licence porte sur une technologie utilisée par les preneurs comme facteur de production pour leurs propres produits. Dans ce cas, la demande émane exclusivement des preneurs. Le verrouillage est moins probable lorsque la technologie est utilisée pour fabriquer un produit vendu à des tiers, car alors, la restriction ne pèse que sur la capacité de production, mais pas sur la demande du produit comportant la technologie concédée. Dans de tels cas, les donneurs ont seulement besoin pour pénétrer sur le marché, d'avoir accès à des preneurs ayant une capacité de production appropriée, et sauf lorsque quelques entreprises seulement possèdent ou sont capables d'obtenir les actifs nécessaires pour prendre une licence, il est peu probable qu'en imposant des obligations de non concurrence à ses preneurs, le donneur soit en mesure d'empêcher des concurrents d'avoir accès à des preneurs efficients.

193. Des obligations de non-concurrence peuvent également avoir des effets proconcurrentiels. Premièrement, elles peuvent favoriser la diffusion des technologies en réduisant le risque d'appropriation frauduleuse de la technologie concédée, notamment du savoir-faire. Si un preneur est autorisé à obtenir des licences sur des technologies concurrentes appartenant à des tiers, il existe un risque qu'un savoir-faire particulier obtenu sous licence soit utilisé pour l'exploitation de technologies concurrentes et bénéficie ainsi à des concurrents. Lorsqu'un preneur exploite également des technologies concurrentes, cela rend normalement aussi le contrôle du paiement des redevances plus difficile, ce qui pourrait inciter les donneurs à ne pas concéder de licence.

194. Deuxièmement, les obligations de non-concurrence peuvent être nécessaires pour qu'un preneur soit incité à investir dans la technologie concédée et à l'exploiter efficacement. Toutefois, lorsque l'accord relève de l'article 81, paragraphe 1, il suffira souvent pour cela d'imposer une production minimum ou des redevances minimums, deux solutions qui comportent un risque moindre d'exclusion des technologies concurrentes.

195. Troisièmement, lorsque le donneur s'engage à faire des investissements importants en faveur du preneur, par exemple dans des actions de formation ou dans une adaptation de la technologie concédée aux besoins du preneur, des obligations de non-concurrence ou, en lieu et place de celles-ci, une obligation de production minimum ou de redevances minimums, peuvent s'avérer nécessaires pour inciter le donneur à faire ces investissements et éviter qu'il n'y renonce. Toutefois, le donneur aura normalement la possibilité de facturer directement ces investissements sous forme de paiement d'une somme forfaitaire, ce qui montre que des alternatives moins restrictives sont envisageables.

### 3. **Accords de règlement et de non-revendication**

196. Les accords de transfert de technologie concernent le transfert de technologie du donneur au preneur en vue de permettre à celui-ci d'exploiter la technologie du donneur. Toutefois, dans certains secteurs, la concession

de licence joue un rôle de plus en plus important en tant qu'instrument de règlement des litiges ou pour éviter que l'une des parties exerce ses droits de propriété intellectuelle en vue d'empêcher l'autre partie d'exploiter sa propre technologie. Les licences croisées dans le cadre d'accords de règlement ou de non-revendication ne constituent pas en soi une restriction de la concurrence, puisqu'elles permettent aux parties d'entrer en concurrence a posteriori. Toutefois, certaines conditions énoncées dans de tels accords peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1.

197. Les accords qui imposent des restrictions aux parties quant à l'utilisation de leurs technologies respectives, y compris la concession de licences à des tiers, sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1. Même si l'on considère que les parties ne sont pas des concurrents en raison de l'existence d'une situation de blocage bilatéral (voir point 25 ci-dessus), ces restrictions sont susceptibles d'être couvertes par l'article 81, paragraphe 1, à cause de l'absence de nécessité objective (voir point 14 ci-dessus). En outre, de tels accords ont peu de chances de remplir les conditions de l'article 81, paragraphe 3. Leur principal avantage est de mettre un terme au litige ou d'éviter des litiges ultérieurs. Une concession de licences croisées n'imposant aucune restriction est suffisante pour parvenir à ce résultat.

198. Lorsque l'accord autorise les parties à utiliser leurs technologies respectives et qu'il s'étend à des développements futurs, il convient d'apprécier son incidence sur l'incitation des parties à innover. Dans les cas où les parties détiennent une forte position sur le marché et où l'accord les empêche d'acquérir de l'avance les unes par rapport aux autres, l'accord est susceptible de relever de l'article 81, paragraphe 1, et a peu de chances de remplir les conditions de l'article 81, paragraphe 3, notamment celle qui porte sur le caractère indispensable. La réalisation de l'objectif de l'accord, à savoir la garantie qu'une partie puisse continuer à exploiter sa propre technologie sans être gênée par l'autre, ne requiert pas que les parties conviennent de partager les innovations futures.

199. Les obligations de versement de redevances et autres systèmes de paiement dans le cadre d'accords de règlement et de non-revendication peuvent être couverts par l'article 81, paragraphe 1, lorsqu'ils permettent aux parties de coordonner leurs prix et sont évalués de la même manière que les accords entre concurrents (voir points 77 et 147). Les preneurs devraient être exonérés du paiement de redevances ou, lorsque la valeur objective des technologies en cause est différente, des redevances unilatérales (forfaitaires) reflétant cette différence objective de valeur devraient être prévues.

200. Dans le cadre d'accords de règlement et de non-revendication, des clauses de non-contestation sont considérées comme ne relevant généralement pas de l'article 81, paragraphe 1. Une caractéristique propre de tels accords est que les parties conviennent de ne pas contester a posteriori les droits de propriété intellectuelle qu'ils couvrent. En effet, le véritable objectif de l'accord est de régler les litiges existants et/ou d'éviter des litiges futurs.

201. L'exemption par catégorie est applicable, sous réserve que l'accord ne contiennent pas de restrictions caractérisées de la concurrence au sens de l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie. Néanmoins, il convient de rappeler (voir point 34 ci-dessus) que conformément à l'article 2 du règlement, l'exemption ne s'applique que si l'accord de licence est conclu entre deux entreprises pour fabriquer des produits comportant la technologie concédée. C'est pourquoi l'exemption par catégorie ne peut être accordée si les licences sont concédées uniquement dans le but de régler un litige ou d'éviter des litiges futurs et non à des fins de production.

### 4. **Accords de regroupement de technologies**

202. Les accords de regroupement de technologies sont des accords par lesquels deux parties ou plus regroupent un ensemble de technologies qui ne sont pas concédées uniquement aux parties à l'accord, mais également à des tiers. Sur le plan structurel, les accords de regroupement de technologies peuvent prendre la forme de simples arrangements entre un nombre limité de parties ou d'accords à la structure plus complexe, dans lesquels l'organisation de la concession des licences relatives aux technologies regroupées est confiée à une entité distincte. Dans les deux cas, l'accord peut autoriser les preneurs à opérer sur le marché sur la base d'une licence unique.

203. Dans certains cas, les technologies en cause couvrent (entièrement ou en partie) une norme industrielle de fait ou de droit. Toutefois, il n'y a pas de lien systématique entre les accords de regroupement de technologies et les normes. Lorsque de tels accords couvrent des normes industrielles, ce n'est pas nécessairement une norme unique. Les accords de regroupement de technologies peuvent couvrir des normes concurrentes ([62]).

204. Les accords créant des regroupements de technologies et définissant les conditions de leur fonctionnement ne sont pas couverts par l'exemption par catégorie, quel que soit le nombre des parties concernées (voir section III.2.2 ci-dessus). De tels accords sont exclusivement soumis aux présentes lignes directrices. Les regroupements de technologies posent un certain nombre de problèmes spécifiques liés à la sélection des technologies choisies et au fonctionnement de l'accord, qui ne se posent pas dans le cas des autres types d'accords de licence. Les licences individuelles accordées par les parties à des preneurs tiers, toutefois, sont traitées comme les autres accords de licence et peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie lorsque les conditions mentionnées dans le règlement d'exemption par catégorie sont remplies, y compris les conditions figurant à l'article 4, qui concernent les restrictions caractérisées.

205. Les accords de regroupement de technologies peuvent restreindre la concurrence. De tels accords impliquent nécessairement la vente en commun des technologies regroupées ce qui, lorsqu'il s'agit de technologies pouvant se substituer les unes aux autres, constitue une entente portant sur la fixation des prix. De plus, outre le fait qu'ils réduisent la concurrence entre les parties, les regroupements de technologies peuvent également, notamment lorsqu'ils couvrent une norme industrielle ou créent une norme industrielle de fait, restreindre la concurrence dans le domaine de l'innovation, en excluant d'autres technologies du marché. L'existence de la norme et des technologies regroupées qui y sont liées peut rendre plus difficile la pénétration sur le marché de technologies nouvelles et améliorées.

206. Les regroupements de technologies peuvent également être favorables à la concurrence, notamment parce qu'ils limitent les coûts de la concession de licences. Le regroupement permet la concession en une seule opération des licences relatives aux technologies concernées. Cela constitue un avantage particulier dans les secteurs où ce sont les droits de propriété intellectuelle qui prévalent et où, pour pouvoir opérer sur le marché, les preneurs doivent obtenir des licences d'un nombre important de donneurs. Lorsqu'ils bénéficient d'un service continu pour l'application de la technologie concédée, le regroupement des licences et des services peut entraîner des réductions de coûts supplémentaires.

4.1. *Nature des technologies regroupées*

207. Les risques que les regroupements de technologie peuvent poser sur le plan de la concurrence, ainsi que leur capacité à améliorer les gains d'efficience, dépendent dans une large mesure du rapport entre les technologies regroupées et les autres technologies. Il convient d'opérer deux distinctions fondamentales: entre a) les compléments technologiques et les substituts technologiques et b) les technologies essentielles et les technologies non essentielles.

208. Deux technologies constituent des *compléments*, mais non des *substituts*, lorsqu'elles sont toutes deux nécessaires, d'un point de vue technologique, pour fabriquer le produit ou réaliser le processus auxquels les technologies s'appliquent. Inversement, deux technologies constituent des substituts lorsque, d'un point de vue technologique, chacune d'entre elles permet au preneur de fabriquer le produit ou de réaliser le processus auxquels les technologies s'appliquent. Une technologie est considérée comme *essentielle*, par opposition à une technologie non essentielle, s'il n'existe pas de substitut pour cette technologie parmi les technologies regroupées et parmi les autres, et si la technologie en question constitue une partie nécessaire de l'ensemble des technologies regroupées pour fabriquer les produits ou réaliser les processus auxquels le regroupement s'applique. Des technologies essentielles sont nécessairement des technologies complémentaires.

209. Lorsque les technologies regroupées sont des substituts, les redevances sont susceptibles d'être plus élevées, parce que les preneurs ne peuvent pas profiter de la rivalité entre ces technologies. Lorsque les technologies sont des compléments, l'accord réduit les coûts de transaction et peut entraîner des redevances globalement plus faibles, parce que les parties sont en mesure de fixer des redevances communes pour l'ensemble des technologies regroupées, au lieu de fixer chacune des redevances ne tenant pas compte de celles fixées par les autres.

210. La distinction entre technologies qui sont des compléments et technologies qui sont des substituts n'est pas toujours tranchée, car les technologies peuvent être en partie des substituts et en partie des compléments. Lorsque, en raison des gains d'efficience qui résulteront de l'intégration de deux technologies, les preneurs sont susceptibles de vouloir les utiliser toutes les deux, les technologies sont traitées comme des compléments, même si elles sont partiellement substituables l'une à l'autre. Dans de tels cas, il est probable que s'il n'y avait pas regroupement des technologies, les preneurs chercheraient à obtenir des licences pour les deux technologies en raison des avantages économiques que cela pourrait leur procurer par rapport à l'utilisation d'une seule d'entre elles.

211. D'un point de vue juridique, deux technologies constituent également des compléments lorsqu'il y a situation de blocage bilatéral. Toutefois, la Commission ne considère généralement pas qu'un regroupement soit nécessaire pour débloquer une situation de blocage. Comme indiqué à la section III ci-dessus, les parties peuvent débloquer une situation en accordant une licence

croisée ou en concluant un accord de non-revendication qui leur permettra à toutes deux d'exploiter leurs technologies respectives de façon indépendante. C'est pourquoi la Commission traitera les regroupements de technologies comportant des brevets de blocage de la même façon que les groupements de technologies comportant des substituts.

212. L'inclusion de substituts dans l'accord de regroupement restreint la concurrence intertechnologique à l'intérieur du domaine d'application de l'accord et produit les mêmes résultats que des licences liées collectives. En outre, lorsque la plus grande partie des technologies regroupées sont des substituts, l'accord équivaut à un accord de fixation des prix entre concurrents. D'une manière générale, la Commission estime que l'inclusion de substituts dans des technologies regroupées constitue une violation de l'article 81, paragraphe 1, et qu'il est peu probable que les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, soient alors remplies. Étant donné que les technologies en question peuvent se substituer l'une à l'autre, l'inclusion des deux n'entraîne aucune réduction des coûts de l'opération. En l'absence du regroupement, les preneurs n'auraient pas demandé à bénéficier des deux technologies. Il n'est pas suffisant que les parties demeurent libres de concéder des licences de façon indépendante, car elles auront peu d'intérêt à le faire si elles ne veulent pas saper les effets du regroupement qui leur permet d'exercer conjointement leur puissance de marché.

213. Lorsque l'accord ne comprend que des technologies qui sont essentielles et qui sont donc nécessairement aussi complémentaires, il n'entre généralement pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, quelle que soit la position des parties sur le marché. Toutefois, les conditions auxquelles les licences sont accordées peuvent entrer dans le champ d'application de cette disposition.

214. Lorsque l'accord porte sur des brevets non essentiels, mais complémentaires, il y a un risque d'exclusion des technologies de tiers. Dès lors qu'une technologie est couverte par l'accord et est concédée en tant que partie de l'ensemble des technologies regroupées, les preneurs auront probablement peu d'intérêt à prendre une licence pour une technologie concurrente, puisque la redevance payée pour les technologies regroupées couvre déjà un substitut. En outre, l'inclusion de technologies qui ne sont pas nécessaires pour fabriquer les produits ou réaliser les processus auxquels s'appliquent les technologies regroupées contraint également les preneurs à payer pour des technologies dont ils n'ont peut-être pas besoin. L'inclusion de brevets complémentaires produit donc les mêmes effets que des licences liées. Lorsque des technologies regroupées englobent des technologies non essentielles, l'accord risque d'entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, dès lors que les parties à l'accord détiennent des parts importantes sur l'un des marchés en cause.

215. Lors de l'appréciation d'accords de regroupement de technologies comprenant des technologies non essentielles, c'est-à-dire des technologies pour lesquelles il existe des substituts en dehors de l'accord ou qui ne sont pas nécessaires pour produire un ou plusieurs des produits auxquels l'accord s'applique, la Commission tiendra notamment compte des facteurs suivants:

a) le fait qu'il existe des raisons proconcurrentielles d'inclure les technologies non essentielles dans l'accord;

b) le fait que les donneurs gardent la liberté de concéder leurs technologies respectives de façon indépendante. Lorsque l'accord comprend un nombre limité de technologies et qu'il existe des substituts en dehors de l'accord, les preneurs peuvent avoir intérêt à constituer leur propre ensemble technologique composé en partie de technologies faisant partie de l'accord et en partie de technologies détenues par des tiers;

c) le fait que les technologies regroupées ne puissent être concédées que globalement ou que les preneurs aient la possibilité d'obtenir une licence pour une partie seulement de ces technologies, avec une réduction correspondante de la redevance. Cette possibilité est envisageable non seulement lorsque les technologies regroupées comprennent des technologies non essentielles, mais aussi lorsqu'elles peuvent avoir des applications différentes, dont certaines ne nécessitent pas l'utilisation de l'ensemble des technologies regroupées. Dans le premier cas, le droit d'obtenir une licence pour une partie des technologies seulement réduit le risque d'exclusion du marché de technologies appartenant à des tiers et qui ne sont pas couvertes par l'accord. Dans le dernier cas, le droit d'accorder une licence pour une partie des technologies seulement évite que celles qui ne sont pas essentielles pour un produit ou un processus donnés ne soit liées à des technologies essentielles. La concession de licences pour une partie seulement des technologies en cause ne constitue une option viable que si le preneur obtient une réduction correspondante des redevances, ce qui nécessite que les redevances globales aient été ventilées en fonction de chacune des technologies couvertes par l'accord. Lorsque les accords de licence conclus entre le regroupement et des preneurs individuels ont une durée relativement longue et que l'accord de regroupement de technologies contribue à la création d'une norme industrielle de fait, il convient également de tenir compte du fait que le regroupement pourrait empêcher l'accès au marché de nouvelles technologies de substitution. Dans de tels cas, l'appréciation du risque de verrouillage doit prendre en compte l'éventuelle possibilité, pour les preneurs, de résilier une partie de l'accord de licence dans un délai raisonnable et d'obtenir une réduction correspondante de la redevance.

4.2. *Appréciation de restrictions individuelles*

216. Cette section concerne un certain nombre de restrictions que l'on retrouve couramment, sous une forme ou sous une autre, dans les accords de regroupement de technologies, et qui doivent être appréciées dans le contexte global de l'accord. Il convient de rappeler (voir point 204 ci-dessus) que le règlement d'exemption par catégorie s'applique aux accords de licence conclus entre les parties à l'accord de regroupement de technologies et des preneurs tiers, et que la liste des restrictions caractérisées figurant à l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie est applicable. La présente section aborde donc uniquement les aspects liés à la création du regroupement de technologies et aux problèmes propres à la concession de licences dans le cadre des regroupements de technologies.

217. Lors de son évaluation, la Commission s'appuiera essentiellement sur les principes suivants:

1) plus la position des parties à l'accord de regroupement est forte, plus le risque d'effets anticoncurrentiels est élevé;

2) les accords de regroupement qui couvrent une partie importante du marché devraient être ouverts et non discriminatoires;

3) les accords de regroupement ne devront pas exclure indûment des technologies appartenant à des tiers ou limiter la création d'autres regroupements.

218. Les entreprises qui concluent un accord de regroupement de technologies sont normalement libres de négocier et de fixer les redevances pour les technologies concernées, ainsi que la part de chacune de ces technologies dans les redevances totales. Il s'agit d'une caractéristique propre à ce type d'accords, qui ne peut être considérée en soi comme constituant une restriction de la concurrence. En effet, lorsque les technologies qui seront incluses dans l'accord sont choisies par un expert indépendant, il peut y avoir concurrence entre les différentes solutions technologiques disponibles. En revanche, les preneurs doivent être libres de déterminer le prix et la quantité des produits qui seront fabriqués sous licence.

219. Lorsque les technologies regroupées occupent une forte position sur le marché, les redevances et les autres éléments de l'accord devront être non discriminatoires; quant aux licences, elles devront être non exclusives. Ces deux conditions doivent être remplies pour garantir que l'accord reste ouvert et n'entraîne pas le verrouillage du marché et d'autres effets anticoncurrentiels sur les marchés en aval. Toutefois, il n'est pas exclu d'appliquer des redevances différentes pour des usages différents. Le fait d'appliquer des redevances différentes à des marchés de produits différents n'est généralement pas considéré comme une restriction de la concurrence; en revanche, il ne devrait y avoir aucune discrimination à l'intérieur des marchés de produits. Le traitement des preneurs ne devrait notamment pas dépendre du fait qu'ils soient ou non des donneurs. C'est pourquoi la Commission examinera si les donneurs sont également soumis à des obligations de paiement de redevances.

220. Les donneurs et les preneurs de licences doivent pouvoir développer des produits et des normes concurrents et doivent également pouvoir concéder des licences en-dehors de l'accord de regroupement. Ces conditions sont nécessaires pour limiter le risque d'exclusion de technologies tierces du marché et garantir que l'accord ne restreigne pas l'innovation et n'empêche pas la création de solutions technologiques concurrentes. Lorsqu'un accord de regroupement de technologies crée une norme industrielle de fait et lorsque les parties sont soumises à des obligations de non-concurrence, l'accord risque tout particulièrement d'empêcher le développement de technologies et de normes nouvelles et améliorées.

221. Les obligations de rétrocession devront être non exclusives et limitées aux développements indispensables à l'utilisation des technologies regroupées. Les parties à l'accord pourront alors bénéficier des améliorations qui sont étroitement liées à ces technologies alors que, dans le même temps, les propriétaires resteront libres de ne pas concéder de licences aux parties à l'accord pour des améliorations dissociables. Il est légitime pour les parties de s'assurer que l'exploitation des technologies regroupées ne soit pas entravée par des preneurs qui détiennent ou s'apprêtent à obtenir des brevets essentiels.

222. L'un des problèmes que posent les accords de regroupement de brevets est qu'ils risquent de protéger des brevets non valables. Le regroupement augmente les coûts et les risques d'une contestation, car il suffit qu'un seul brevet soit valable pour qu'une contestation échoue. La protection de brevets non valables peut contraindre les preneurs à payer des redevances plus élevées et peut également empêcher toute innovation dans le domaine couvert par le brevet non valable. Afin de limiter ce risque, tout droit de résilier une licence en cas de contestation doit être limité à la technologie détenue par le donneur, qui fait l'objet de la contestation, et ne pas s'étendre à la totalité des technologies regroupées.

4.3. *Cadre institutionnel régissant les accords de regroupement*

223. La façon dont un accord de regroupement de technologies est mis en place, est organisé et fonctionne peut réduire le risque qu'il ait pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, et faire en sorte qu'il soit proconcurrentiel.

224. Lorsque la participation à l'accord est ouverte à toutes les parties intéressées, représentant des intérêts différents, les technologies qui seront incluses dans l'accord auront plus de chances d'être sélectionnées sur la base de considérations relatives aux prix et à la qualité que si l'accord est conclu par un groupe limité de détenteurs de technologies. De même, lorsque les parties à l'accord sont composées de personnes représentant des intérêts différents, les conditions de concession de la licence, y compris les redevances, auront plus de chances d'être ouvertes et non discriminatoires, et de refléter la valeur de la technologie concédée, que si l'accord est contrôlé par des représentants des donneurs.

225. Un autre facteur important est la mesure dans laquelle des experts indépendants sont associés à la mise en place et au fonctionnement de l'accord. Déterminer si une technologie est ou non essentielle à un accord constitue par exemple souvent une question complexe, qui nécessite une expertise particulière. L'association d'experts indépendants au processus de sélection peut beaucoup contribuer à garantir l'application effective d'un engagement de n'inclure que des technologies essentielles.

226. La Commission tiendra compte de la façon dont les experts sont sélectionnés et de la nature exacte de leurs fonctions. Les experts devront être indépendants des entreprises qui ont conclu l'accord. Si, d'une manière ou d'une autre, ils sont liés aux donneurs ou dépendants d'eux, aucun poids ne sera accordé à leur participation. Ils devront également avoir l'expertise technique nécessaire pour remplir les diverses tâches qui leur ont été confiées. Les experts indépendants pourront par exemple être amenés à évaluer si les technologies proposées pour faire partie de l'accord sont ou non valables et si elles sont ou non essentielles à l'ensemble des technologies regroupées, c'est-à-dire si elles sont nécessaires pour fabriquer les produits ou réaliser les processus couverts par l'accord.

227. Il convient également d'examiner les dispositions relatives à l'échange d'informations sensibles entre les parties. Sur des marchés oligopolistiques, l'échange d'informations sensibles, par exemple les données sur les prix et la production, peut faciliter la collusion ([63]). Dans de tels cas, la Commission examinera si des mesures de sécurité ont été mises en place pour garantir que des données sensibles ne soient pas échangées. Un expert indépendant ou l'organisme qui délivre les licences peuvent jouer un rôle important à cet égard, en garantissant que les données relatives à la production et aux ventes, qui peuvent s'avérer nécessaires pour calculer et vérifier les redevances, ne soient pas divulguées à des entreprises qui sont en concurrence sur les marchés en cause.

228. Enfin, il convient d'examiner les mécanismes de règlement des litiges prévus lors de la mise en place de l'accord. Si la résolution des litiges est confiée à des organismes ou à des personnes qui sont indépendants des parties à l'accord, le règlement des litiges aura plus de chances de fonctionner de façon neutre.

---

([1]) JO L . . . Ce règlement remplace le règlement (CE) n° 240/96 de la Commission, du 31 janvier 1996, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie (JO L 31 du 9.2.1996, p. 2).

([2]) Voir arrêt de la Cour du 16 mars 2000, affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Rec. p. I-1365, point 130, et paragraphe 94 des lignes directrices de la Commission relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (JO C . . .).

([3]) Dans les pages qui suivent, le terme «accord» englobe également les pratiques concertées et les décisions d'associations d'entreprises.

([4]) Voir communication de la Commission sur la notion d'effet sur le commerce entre États membres figurant aux articles 81 et 82 du traité (JO C . . .).

([5]) Dans les pages qui suivent, le terme «restriction» englobe également les actes ayant pour but d'empêcher et de fausser la concurrence.

([6]) Le principe de l'épuisement d'un droit dans la Communauté est notamment affirmé à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 104/89/CEE rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO L 40 du 11.2.1989, p. 1), qui dispose que le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement.

([7]) Voir à ce propos les arrêts du 17 mai 1988 dans l'affaire 158/86, *Warner Brothers et Metronome Video*, Rec. p. 2605, et du 22 septembre 1998, dans l'affaire C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, Rec. p. I-5171.

([8]) Voir par exemple l'arrêt du 13 juillet 1966 dans les affaires jointes 56/64 et 58/64, *Consten et Grundig*, Rec. 429.

([9]) Les modalités d'application de l'article 81, paragraphe 3, sont définies dans les lignes directrices de la Commission relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, citées à la note 2.

([10]) Voir à cet égard l'arrêt du 8 juillet 1999 dans l'affaire C-49/92 P, *Anic Partecipazioni*, Rec. p. I-4125, point 99.

([11]) Voir arrêt du 28 avril 1984 dans les affaires jointes 29/83 et 30/83, *CRAM et Rheinzink*, Rec. 1679, point 26, et arrêt du 8 novembre 1983 dans les affaires jointes 96/82 et autres, *ANSEAU-NAVEWA*, Rec. 3369, points 23-25.

([12]) On trouvera des orientations sur la question du caractère sensible de l'incidence d'un accord dans la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité (JO C 368 du 22.12.2001, p. 13). Cette communication définit le caractère sensible par défaut. Les accords n'entrant pas dans le champ d'application de la communication *de minimis* n'ont pas nécessairement des effets restrictifs sensibles. Une appréciation individuelle est nécessaire.

([13]) Voir arrêts du 30 juin 1966 dans l'affaire 56/65, *Société Technique Minière*, Rec. 337, et du 28 mai 1998 dans l'affaire C-7/95 P, *John Deere*, Rec. p. I-3111, point 76.

([14]) Voir à ce propos, par exemple, l'arrêt du 13 juillet 1966, affaires jointes 56/64 et 58/66, *Consten et Grundig*, Rec. p. 429.

([15]) Voir article 1er, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO L 1 du 4.1.2003, p. 1).

([16]) Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 1).

(17) En ce qui concerne la distinction entre ces deux types de marché, voir également les lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale (JO C 3 du 6.1.2001, p. 2, points 44 à 52).

(18) Voir par exemple le point 98 de la communication de la Commission — Lignes directrices sur les restrictions verticales (JO C 291 du 13.10.2000, p. 1).

(19) Voir les points 50 à 52 des lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, citées à la note précédente.

(20) Ibidem, point 51.

(21) Voir à cet égard la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure, citée dans la note 12.

(22) Conformément à l'article 3, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 1/2003, le droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui ne sont pas interdits par l'article 81.

(23) Voir considérant 19 du règlement.

(24) Les présentes lignes directrices remplacent la communication de la Commission concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité (JO C 1 du 3.1.1979, p. 2).

(25) Voir à cet égard la décision de la Commission dans l'affaire *Moosehead/Whitbread* (JO L 100 du 20.4.1990, p. 32).

(26) Voir à cet égard l'arrêt du 6 octobre 1982 dans l'affaire 262/81, *Coditel* (II), Rec. p. 3381.

(27) JO L 336 du 29.12.1999, p. 21.

(28) JO L 304 du 5.12.2000, p. 3.

(29) JO L 304 du 5.12.2000, p. 7.

(30) Voir note 27.

(31) Voir le guide «La politique de concurrence en Europe — Les règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution», 2002.

(32) Voir notes 18 et 27.

(33) Les raisons de ce mode de calcul sont expliquées au point 21 ci-dessus.

(34) Voir par exemple la jurisprudence citée à la note 11.

(35) Voir à cet égard le point 86 des Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, citées à la note 2.

(36) C'est également le cas lorsqu'une partie accorde une licence à l'autre partie et accepte d'acheter un facteur de production physique au preneur. Le prix d'achat peut alors avoir la même fonction que la redevance.

(37) Voir à cet égard l'arrêt du 25 février 1986 dans l'affaire 193/83, *Windsurfing International*, Rec. p. 611, point 67 et le point 14 ci-dessus, où il est dit que les accords qui restreignent la concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé si les accords n'avaient pas été conclus entrent dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1.

(38) La concession de licences croisées sur des technologies différentes non concurrentes est considérée comme une concession de licences non réciproques.

(39) Les limitations du domaine d'utilisation sont définies à la section IV.2.4 ci-dessous.

(40) Les restrictions relatives à l'usage captif sont également traitées à la section IV.2.5 ci-dessous.

(41) En ce qui concerne la distinction entre ventes actives et passives, voir les Lignes directrices relatives aux restrictions verticales citées à la note 18, considérant 50.

(42) Voir à ce propos le point 116 des Lignes directrices sur les restrictions verticales citées à la note 18.

(43) Voir à cet égard l'arrêt du 8 juin 1982 dans l'affaire 258/78, *Nungesser*, Rec. p. 2015, point 77.

(44) Voir à cet égard l'arrêt du 25 octobre 1977 dans l'affaire 26/76, *Metro* (I), Rec. 1 875.

(45) Si la technologie concédée est obsolète, il n'y a aucune restriction de concurrence; voir à cet égard l'arrêt du 27 septembre 1988 dans l'affaire 65/86, *Bayer c Süllhofer*, Rec. p. 5249.

(46) Voir point 10 ci-dessus.

(47) Voir point 66 ci-dessus.

(48) Voir à cet égard le point 38 des Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, citées à la note 2.

(49) Voir à cet égard le point 8 de la Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure, citée à la note 12.

(50) Voir à cet égard l'arrêt du 7 octobre 1999, dans l'affaire T-228/97, *Irish Sugar*, Rec. p. II-2969, point 101.

(51) Voir à cet égard le point 23 des Lignes directrices concernant les accords de coopération horizontale, cité à la note 17.

(52) Cité à la note 18. Voir notamment les points 115 et seq.

(53) Pour ce qui est de ces concepts, voir section IV.4.1 ci-dessous.

(54) Voir point 74 des Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, cité à la note 2.

(55) Voir le point 130 de l'arrêt cité à la note 2. De même, l'application de l'article 81, paragraphe 3, ne doit pas faire obstacle à l'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. Ces dispositions sont, dans certaines circonstances, applicables aux accords, décisions et pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1; voir à cet égard l'arrêt du 19 février 2002 dans l'affaire C-309/99, *Wouters*, Rec. p. I-1577, point 120.

(56) Voir à cet égard l'arrêt du 10 juillet 1990 dans l'affaire T-51/89, *Tetra Pak* (I), Rec. p. II-309. Voir également le point 95 des lignes directrices de la Commission relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, citées à la note 2 ci-dessus.

(57) Voir point 164 des Lignes directrices sur les restrictions verticales, citées à la note 18.

(58) Voir à cet égard la communication de la Commission relative à l'affaire Canon/Kodak (JO C 330 du 1.11.1997, p. 10).

(59) Les avantages pour un groupe de consommateurs ne compensent pas les désavantages pour un autre groupe distinct de consommateurs, voir point 40 des lignes directrices sur l'application de l'article 81, paragraphe 3, citées à la note 2.

(60) En ce qui concerne le cadre analytique applicable, voir points 138 *seq*. des Lignes directrices concernant les restrictions verticales citées à la note 18.

(61) Voir note 18.

(62) Voir à cet égard le communiqué de presse IP/02/1651 de la Commission concernant la concession de brevets pour les services mobiles de troisième génération (3G). Cette affaire concernait cinq accords de regroupement de technologies créant cinq technologies différentes, dont chacune peut être utilisée pour produire des équipements 3G.

(63) Voir à cet égard l'arrêt rendu dans l'affaire *John Deere*, cité à la note 13.