

## III

(Autres actes)

## ESPACE ÉCONOMIQUE EUROPÉEN

## DÉCISION DE L'AUTORITÉ DE SURVEILLANCE AELE

N° 38/15/COL

du 4 février 2015

**portant adoption de la communication intitulée «Lignes directrices relatives à l'applicabilité de l'article 53 de l'accord EEE aux accords de transfert de technologie» [2016/196]**

L'AUTORITÉ DE SURVEILLANCE AELE,

vu l'accord entre les États de l'AELE relatif à l'institution d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice, et notamment son article 5, paragraphe 2, point b), et son article 25, paragraphe 1,

considérant ce qui suit:

Le règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie <sup>(1)</sup> a été intégré dans l'accord sur l'Espace économique européen (ci-après l'«accord EEE») au point 5 de son annexe XIV.

La Commission européenne a publié une communication intitulée «Lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie» <sup>(2)</sup>.

Les lignes directrices de la Commission européenne présentent également un intérêt pour l'Espace économique européen.

Il convient d'assurer l'application uniforme des règles de concurrence de l'EEE dans l'ensemble de l'Espace économique européen.

Conformément au point II de la section «REMARQUE GÉNÉRALE» figurant à la fin de l'annexe XIV de l'accord EEE, l'Autorité de surveillance AELE doit adopter, après consultation de la Commission européenne, des actes correspondant à ceux adoptés par la Commission européenne, afin de préserver l'équivalence des conditions de concurrence.

Le comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes et la Commission européenne ont été consultés,

A ADOPTÉ LA PRÉSENTE DÉCISION:

1. La communication intitulée «Lignes directrices relatives à l'applicabilité de l'article 53 de l'accord EEE aux accords de transfert de technologie», jointe à la présente décision, est publiée.
2. Le texte en langue anglaise de la présente décision, y compris la communication y annexée, fait foi.
3. La communication est publiée dans la section EEE et dans le supplément EEE du *Journal officiel de l'Union européenne*.

<sup>(1)</sup> JO L 93 du 28.3.2014, p. 17. Règlement intégré dans l'accord EEE par la décision du Comité mixte de l'EEE n° 293/2014 du 12 décembre 2014 (non encore publiée).

<sup>(2)</sup> JO C 89 du 28.3.2014, p. 3.

4. Les États de l'AELE sont informés par communication d'une copie de la décision, y compris son annexe.
5. La Commission européenne est informée par communication d'une copie de la décision, y compris son annexe.

Fait à Bruxelles, le 4 février 2015.

*Par l'Autorité de surveillance AELE*

Oda Helen SLETNES

*Présidente*

Helga JÓNSDÓTTIR

*Membre du Collège*

\_\_\_\_\_

## ANNEXE

**COMMUNICATION DE L'AUTORITÉ DE SURVEILLANCE AELE****Lignes directrices relatives à l'applicabilité de l'article 53 de l'accord EEE aux accords de transfert de technologie**

- A. La présente communication est publiée conformément aux dispositions de l'accord sur l'Espace économique européen (ci-après l'«accord EEE») et à l'accord relatif à l'institution d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice (ci-après l'«accord Surveillance et Cour de justice»).
- B. La Commission européenne (ci-après la «Commission») a publié une communication intitulée «Lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie» <sup>(1)</sup>. Cet acte non contraignant expose les principes sur lesquels la Commission se fonde pour apprécier les accords de transfert de technologie au regard de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le «TFUE»).
- C. L'Autorité de surveillance AELE (ci-après l'«Autorité») considère les lignes directrices de la Commission comme présentant un intérêt pour l'EEE. Afin de garantir des conditions de concurrence égales et d'assurer une application uniforme des règles de concurrence de l'EEE dans l'ensemble de l'Espace économique européen, l'Autorité a adopté la présente communication en vertu du pouvoir que lui confère l'article 5, paragraphe 2, point b), de l'accord Surveillance et Cour de justice. Elle entend suivre les principes et les règles énoncés dans la présente communication lors de l'application des règles de l'EEE à un cas particulier.
- D. En particulier, la présente communication expose les principes sur lesquels repose l'appréciation des accords de transfert de technologie au regard de l'article 53 de l'accord EEE et fournit des orientations sur leur application.
- E. La présente communication est applicable à tous les cas pour lesquels l'Autorité est l'autorité de surveillance compétente conformément à l'article 56 de l'accord EEE.
- F. La présente communication remplace la précédente communication de l'Autorité de 2005 relative à l'application de l'article 53 de l'accord EEE aux accords de transfert de technologie <sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> JO C 89 du 28.3.2014, p. 3.

<sup>(2)</sup> JO L 259 du 4.10.2007, p. 1, et supplément EEE n° 46 du 4.10.2007, p. 1.

**TABLE DES MATIÈRES**

1. **INTRODUCTION**
2. **PRINCIPES GÉNÉRAUX**
  - 2.1. L'article 53 et les droits de propriété intellectuelle
  - 2.2. Cadre général d'application de l'article 53
  - 2.3. Définition du marché
  - 2.4. Distinction entre concurrents et non-concurrents
3. **APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE**
  - 3.1. Les effets du règlement d'exemption par catégorie
  - 3.2. Champ d'application et durée du règlement d'exemption par catégorie
    - 3.2.1. La notion d'accords de transfert de technologie
    - 3.2.2. La notion de «transfert»
    - 3.2.3. Accords entre deux parties
    - 3.2.4. Accords relatifs à la production de produits contractuels
    - 3.2.5. Durée
    - 3.2.6. Rapport avec d'autres règlements d'exemption par catégorie
      - 3.2.6.1. Les règlements d'exemption par catégorie relatifs aux accords de spécialisation et aux accords de recherche et de développement
      - 3.2.6.2. Le règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux
  - 3.3. Seuils de parts de marché de la sphère de sécurité
  - 3.4. Restrictions caractérisées de la concurrence en vertu du règlement d'exemption par catégorie
    - 3.4.1. Principes généraux
    - 3.4.2. Accords entre concurrents
    - 3.4.3. Accords entre non-concurrents
  - 3.5. Restrictions exclues
  - 3.6. Retrait du bénéfice de l'application du règlement d'exemption par catégorie et non-application de ce règlement
    - 3.6.1. Procédure de retrait de l'exemption
    - 3.6.2. Non-application du règlement d'exemption par catégorie
4. **APPLICATION DE L'ARTICLE 53, PARAGRAPHES 1 ET 3, EN DEHORS DU CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE**
  - 4.1. Cadre d'analyse général
    - 4.1.1. Facteurs pertinents
    - 4.1.2. Effets négatifs des accords de licence restrictifs
    - 4.1.3. Effets positifs des accords de licence restrictifs et cadre d'analyse de ces effets

- 4.2. Application de l'article 53 à différents types de restrictions propres aux accords de licence
  - 4.2.1. Obligations en matière de redevances
  - 4.2.2. Accords de licence exclusifs et restriction des ventes
    - 4.2.2.1. Licences exclusives et uniques
    - 4.2.2.2. Restrictions des ventes
  - 4.2.3. Limitation de la production
  - 4.2.4. Limitation du domaine d'utilisation
  - 4.2.5. Obligation d'usage captif
  - 4.2.6. Licences liées et licences groupées
  - 4.2.7. Obligations de non-concurrence
- 4.3. Accords de règlement
- 4.4. Accords de regroupement de technologies
  - 4.4.1. Appréciation de la mise en place et du fonctionnement des regroupements de technologies
  - 4.4.2. Appréciation des restrictions individuelles dans les accords entre les parties à l'accord de regroupement et ses preneurs

## 1. INTRODUCTION

- (1) Les présentes lignes directrices exposent les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords de transfert de technologie au regard de l'article 53 de l'accord EEE (ci-après l'«article 53»). Les accords de transfert de technologie portent sur la concession de licences de droits sur technologie par lesquelles le donneur autorise le preneur à exploiter les droits de technologie concédés pour la production de biens ou de services, conformément à la définition figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point c), de l'acte visé au point 5 de l'annexe XIV de l'accord EEE [le règlement (UE) n° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie (ci-après le «règlement d'exemption par catégorie»)]<sup>(3)</sup>.
- (2) Les présentes 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 53 aux accords de transfert de technologie n'entrant pas dans le champ d'application de ce règlement. Le règlement d'exemption par catégorie et les lignes directrices ne portent nullement atteinte à l'application parallèle possible de l'article 54 de l'accord EEE (ci-après l'«article 54») aux accords de transfert de technologie<sup>(4)</sup>.
- (3) Les normes exposées dans les présentes lignes directrices doivent être appliquées à la lumière des circonstances de l'espèce, ce qui exclut toute application mécanique. Chaque cas doit être apprécié en fonction de ses caractéristiques propres et les présentes lignes directrices doivent être appliquées de façon raisonnable et flexible. Les exemples ne sont donnés qu'à titre d'illustration et ne se veulent pas exhaustifs. L'Autorité observera comment le règlement et les lignes directrices sont appliqués dans le cadre du système d'application instauré par le chapitre II du protocole 4 de l'accord Surveillance et Cour de justice (ci-après le «protocole 4») <sup>(5)</sup>, pour voir s'il convient éventuellement d'y apporter des modifications

<sup>(3)</sup> JO L 93 du 28.3.2014, p. 17. Règlement intégré dans l'accord EEE par la décision du Comité mixte de l'EEE n° 293/2014 du 12 décembre 2014 (non encore publiée). Le règlement d'exemption par catégorie remplace l'acte précédemment visé au point 5 de l'annexe XIV de l'accord EEE, à savoir le règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie (JO L 123 du 27.4.2004, p. 11), intégré dans l'accord EEE par la décision du Comité mixte de l'EEE n° 42/2005 du 11 mars 2005 (JO L 198 du 28.7.2005, p. 42, et supplément EEE n° 38 du 28.7.2005, p. 24).

<sup>(4)</sup> Voir, par analogie, l'arrêt du 16 mars 2000 dans les affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, Compagnie Maritime Belge Transports e.a./Commission, Recueil 2000, p. I-1365, point 130, et le point 106 des lignes directrices de l'Autorité concernant l'application de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE (JO C 208 du 6.9.2007, p. 1, et supplément EEE n° 42 du 6.9.2007, p. 1).

<sup>(5)</sup> À la suite de l'accord du 24 septembre 2004 modifiant le protocole 4 de l'accord entre les États de l'AELE relatif à l'institution d'une Autorité de surveillance et d'une Cour de justice, entré en vigueur le 20 mai 2005, le chapitre II du protocole 4 de l'accord Surveillance et Cour de justice reflète dans une large mesure dans le pilier AELE le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil (JO L 1 du 4.1.2003, p. 1).

- (4) Les présentes lignes directrices sont applicables sans préjudice de l'interprétation de l'article 53 et du règlement d'exemption par catégorie qui pourrait être donnée par la Cour AELE, par la Cour de justice et par le Tribunal.

## 2. PRINCIPES GÉNÉRAUX

### 2.1. L'article 53 et les droits de propriété intellectuelle

- (5) L'objectif global de l'article 53 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 53, paragraphe 1, interdit tous accords et pratiques concertées entre entreprises et toutes décisions d'associations d'entreprises<sup>(6)</sup> qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre parties contractantes (les «États de l'EEE»)<sup>(7)</sup> et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence<sup>(8)</sup>. Par dérogation à cette règle, l'article 53, paragraphe 3, dispose que l'interdiction prévue à l'article 53, paragraphe 1, peut être déclarée inapplicable aux accords entre entreprises 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, par exemple, en la concédant sous licence à des tiers. Dès lors qu'un produit comportant un droit de propriété intellectuelle, à l'exception des droits d'exécution<sup>(9)</sup>, 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 sur l'ensemble du territoire de l'EEE, y compris dans les États de l'AELE, en ce sens que le titulaire ne peut plus l'utiliser pour contrôler la vente du produit en question (principe de l'épuisement d'un droit dans l'EEE)<sup>(10)</sup>. Le titulaire du droit ne possède, en vertu de la législation sur la propriété intellectuelle, aucun droit d'empêcher la vente, par les preneurs de la licence ou par des acheteurs, de tels produits comportant la technologie concédée. Le principe de l'épuisement d'un droit dans l'EEE 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 sont exclus de l'application du droit de la concurrence. L'article 53 est notamment applicable aux accords par lesquels le donneur concède à une autre entreprise une licence d'exploitation de ses droits de propriété intellectuelle<sup>(11)</sup>. Cela ne signifie pas non plus qu'il y ait un conflit intrinsèque entre les droits de propriété intellectuelle et les règles de concurrence de l'EEE. 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 en poussant 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.

<sup>(6)</sup> Dans les pages qui suivent, le terme «accord» englobe les pratiques concertées et les décisions d'associations d'entreprises.

<sup>(7)</sup> Voir les lignes directrices de l'Autorité relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 53 et 54 de l'accord EEE (JO C 291 du 30.11.2006, p. 46, et supplément EEE n° 59 du 30.11.2006, p. 18).

<sup>(8)</sup> Dans la suite de ce document, le terme «restreindre» englobe les notions d'empêcher et de fausser le jeu de la concurrence.

<sup>(9)</sup> Qui comprennent les droits de location. Voir, à ce propos, les arrêts du 17 mai 1988 dans l'affaire 158/86, Warner Brothers et Metronome Video, Recueil 1988, p. 2605, et du 22 septembre 1998 dans l'affaire C-61/97, Foreningen af danske videogramdistributører, Recueil 1998, p. I-5171.

<sup>(10)</sup> Le principe de l'épuisement d'un droit dans l'EEE est notamment affirmé à l'article 7, paragraphe 1, de l'acte visé au point 9 h de l'annexe XVII de l'accord EEE, à savoir la directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques [JO L 299 du 8.11.2008, p. 25. Directive intégrée dans l'accord EEE par la décision du Comité mixte de l'EEE n° 56/2007 du 9 juin 2007 (JO L 266 du 11.10.2007, p. 17, et supplément EEE n° 48 du 11.10.2007, p. 13)], 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 l'EEE sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement, ainsi qu'à l'article 4, paragraphe 2, de l'acte visé au point 5 de l'annexe XVII de l'accord EEE, à savoir la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur [JO L 111 du 5.5.2009, p. 16. Directive intégrée dans l'accord EEE par la décision du Comité mixte de l'EEE n° 39/2011 du 1<sup>er</sup> avril 2011 (JO L 171 du 30.6.2011, p. 40, et supplément EEE n° 37 du 30.6.2011, p. 47)], qui prévoit que la première vente d'une copie d'un programme d'ordinateur sur le territoire couvert par l'accord EEE par le titulaire du droit ou avec son consentement épuise le droit de distribution de cette copie sur le territoire couvert par l'accord EEE, à l'exception du droit de contrôler des locations ultérieures du programme d'ordinateur ou d'une copie de celui-ci.

<sup>(11)</sup> Voir, par exemple, l'arrêt du 13 juillet 1966 dans les affaires jointes 56/64 et 58/64, Consten et Grundig, Recueil 1966, p. 429.

- (8) Lors de l'appréciation des accords de licence en vertu de l'article 53, il convient de tenir compte du fait 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. Afin de ne pas faire obstacle à une concurrence dynamique et de maintenir l'incitation à innover, l'innovateur ne doit pas être indûment limité dans l'exploitation des droits de propriété intellectuelle qui s'avéreront posséder de la valeur. C'est pourquoi il devrait être libre de demander, pour les projets couronnés de succès, une rémunération appropriée suffisante pour maintenir les incitations à investir, en tenant compte des projets qui ont échoué. La concession sous licence de droits sur technologie peut également exiger du preneur d'importants investissements à fonds perdus (autrement dit, lorsque le preneur quitte ce champ d'activité particulier, il ne peut utiliser l'investissement pour d'autres activités ni le vendre sans subir une perte importante) dans la technologie concédée et les actifs de production nécessaires à son exploitation. Il n'est pas possible d'appliquer l'article 53 sans tenir compte de ces investissements ex ante consentis par les parties et des risques qu'ils comportent. Les risques auxquels les parties sont confrontées et les investissements à fonds perdus qui doivent être consentis peuvent donc avoir pour conséquence que l'accord n'entre pas dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, ou remplisse les conditions énoncées à l'article 53, paragraphe 3, selon le cas, pendant la période nécessaire à la rentabilisation de l'investissement.
- (9) Dans le cadre de l'appréciation des accords de concession de licence en vertu de l'article 53, le cadre d'analyse existant est suffisamment souple pour tenir dûment compte des aspects dynamiques de la concession sous licence de droits sur technologie. On ne présume jamais que les droits de propriété intellectuelle et les accords de licence posent en soi des problèmes de concurrence. La plupart des accords de licence ne restreignent pas la concurrence et entraînent des gains d'efficacité favorables à la concurrence. En effet, la concession de licences est en soi favorable à la concurrence puisqu'elle conduit à la diffusion de la technologie et qu'elle encourage l'innovation de la part du donneur et du ou des preneurs de licence. En outre, même les accords de licence qui restreignent la concurrence peuvent souvent entraîner des gains d'efficacité favorables à la concurrence, qui doivent être examinés au regard de l'article 53, paragraphe 3, et mis en balance avec les effets négatifs sur la concurrence <sup>(12)</sup>. La plupart des accords de licence sont par conséquent compatibles avec l'article 53.

## 2.2. Cadre général d'application de l'article 53

- (10) L'article 53, paragraphe 1, interdit les accords qui ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence. Il s'applique tant aux restrictions de concurrence entre les parties à un accord qu'aux restrictions de concurrence entre l'une des parties à un accord et des tiers.
- (11) Le caractère éventuellement restrictif de la concurrence d'un accord de licence doit être apprécié en fonction du contexte réel dans lequel une concurrence s'exercerait si l'accord et ses restrictions présumées n'existaient pas <sup>(13)</sup>. Lors de cette appréciation, il est nécessaire de tenir compte de l'incidence probable de l'accord 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) <sup>(14)</sup>. L'article 53, paragraphe 1, interdit les restrictions tant de la concurrence intertechnologique que de la concurrence intratechnologique. Il est donc nécessaire d'apprécier dans quelle mesure l'accord affecte ou est susceptible d'affecter ces deux aspects de la concurrence sur le marché.
- (12) Les deux questions suivantes fournissent un cadre utile à cet effet. La première concerne l'incidence de l'accord sur la concurrence intertechnologique, et la seconde son incidence sur la concurrence intratechnologique. Des restrictions pouvant affecter en même temps ces deux types de concurrence, il peut s'avérer nécessaire d'analyser une restriction à la lumière des deux questions aux points a) et b) avant de pouvoir déterminer s'il y a ou non restriction de la concurrence au sens de l'article 53, paragraphe 1:
- a) l'accord de licence restreint-il une concurrence réelle ou potentielle qui aurait pu exister en son absence? Si oui, il peut entrer dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1. Lors de cette appréciation, il convient de tenir compte de la concurrence qui s'exerce entre les parties ainsi que de la concurrence émanant de tiers. Par exemple, lorsque deux entreprises établies dans des États de l'EEE 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;

<sup>(12)</sup> Les modalités d'application de l'article 53, paragraphe 3, sont définies dans les lignes directrices de l'Autorité concernant l'application de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, citées à la note 4.

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

<sup>(14)</sup> Voir à ce propos, par exemple, l'arrêt dans l'affaire Consten et Grundig, cité à la note 11.

- b) l'accord de licence restreint-il la concurrence réelle ou potentielle qui n'aurait existé qu'en l'absence de la ou des restrictions contractuelles? Si oui, il peut entrer dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1. À titre d'exemple, si un donneur de licence limite la concurrence entre ses preneurs, qui n'étaient pas des concurrents réels ou potentiels avant la conclusion de l'accord, la concurrence (potentielle) qui aurait pu exister entre les preneurs en l'absence de ces restrictions est restreinte. Les restrictions de ce type englobent la fixation verticale des prix, ainsi que les restrictions des ventes entre preneurs liées à un territoire ou à des clients. Toutefois, certaines restrictions peuvent, dans certains cas, ne pas entrer dans le champ de l'application de l'article 53, paragraphe 1, dès lors qu'elles sont objectivement nécessaires à l'existence d'un accord de ce type ou de cette nature<sup>(15)</sup>. La décision d'exclure ces restrictions du champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, ne peut être prise que sur la base de facteurs objectifs extérieurs aux parties elles-mêmes, et non sur la base des opinions subjectives et des caractéristiques des parties. Il ne s'agit pas de déterminer si les parties, dans la situation qui est la leur, n'auraient pas 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 n'auraient pas conclu un accord moins restrictif<sup>(16)</sup>. L'affirmation selon laquelle, en l'absence de la restriction, le fournisseur aurait eu recours à une 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.
- (13) Le fait que l'article 53, paragraphe 1, opère une distinction entre les accords ayant pour objet de restreindre la concurrence et ceux ayant pour effet de restreindre la concurrence doit être pris en compte lors de l'application du cadre analytique décrit au point (12) des présentes lignes directrices. Un accord ou une restriction contractuelle ne sont interdits par l'article 53, paragraphe 1, que s'ils ont pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence intertechnologique et/ou la concurrence intratechnologique.
- (14) 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 de l'EEE, ont de telles chances de produire des effets négatifs sur la concurrence qu'il est superflu de démontrer les effets sur le marché aux fins de l'application de l'article 53, paragraphe 1<sup>(17)</sup>. En outre, il est peu probable que, dans le cas des restrictions par objet, les conditions énoncées à l'article 53, 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 le comportement effectif des parties sur le marché<sup>(18)</sup>. En d'autres termes, avant d'établir si une restriction déterminée est une restriction de la concurrence par objet, il peut s'avérer nécessaire d'examiner les faits à l'origine de l'accord et les circonstances particulières dans lesquelles il s'inscrit. 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. Un accord peut être considéré comme ayant un objet restrictif même s'il n'a pas pour seul objectif de restreindre la concurrence, mais poursuit également d'autres objectifs légitimes<sup>(19)</sup>. Pour les accords de licence, l'Autorité estime que les restrictions figurant sur la liste des restrictions caractérisées de la concurrence exposées à l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie constituent des restrictions de par leur objet même<sup>(20)</sup>.
- (15) Si un accord n'est pas restrictif par objet, il convient d'examiner s'il a des effets restreignant la concurrence. Il y a lieu de tenir compte tant de ses effets réels que potentiels<sup>(21)</sup>. En d'autres termes, l'accord doit être susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels. Pour que des accords de licence restreignent la concurrence de par leur effet, ils doivent affecter la concurrence réelle ou potentielle 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

<sup>(15)</sup> Voir, à cet égard, l'arrêt dans l'affaire Société Technique Minière, cité à la note 13, et l'arrêt du 8 juin 1982 dans l'affaire 258/78, Nungesser, Recueil 1982, p. 2015.

<sup>(16)</sup> Pour des exemples, voir les points (126) et (127).

<sup>(17)</sup> À cet égard, voir notamment l'arrêt du 8 juillet 1999 dans l'affaire C-49/92 P, Anic Partecipazioni, Recueil 1999, p. I-4125, point 99.

<sup>(18)</sup> Voir les arrêts du 28 mars 1984 dans les affaires jointes 29/83 et 30/83, C RAM et Rheinzink, Recueil 1984, p. 1679, point 26, et du 8 novembre 1983 dans les affaires jointes 96/82, etc., ANSEAU-NAVEWA, Recueil 1983, p. 3369, points 23 à 25, ainsi que l'arrêt du 29 novembre 2012 dans l'affaire T-491/07, Groupement des cartes bancaires/Commission, point 146.

<sup>(19)</sup> Arrêt du 20 novembre 2008 dans l'affaire C-209/07, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, Recueil 2008, p. I-8637, point 21.

<sup>(20)</sup> D'autres orientations sur la notion de restriction de la concurrence par objet sont disponibles dans les lignes directrices de l'Autorité concernant l'application de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, citées à la note 4. Voir également l'arrêt du 6 octobre 2009 dans les affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a., Recueil 2009, p. I-9291, points 59 à 64, l'arrêt du 20 novembre 2008 dans l'affaire C-209/07, Beef Industry Development Society et Barry Brothers, Recueil 2008, p. I-8637, points 21 à 39, ainsi que les arrêts du 4 juin 2009 dans l'affaire C-8/08, T-Mobile Netherlands e.a., Recueil 2009, p. I-4529, points 31 et 36 à 39, et du 14 mars 2013 dans l'affaire C-32/11, Allianz Hungária Biztosító e.a., points 33 à 38.

<sup>(21)</sup> Voir l'arrêt du 28 mai 1998 dans l'affaire John Deere, cité à la note 13.

variété et la qualité des biens et des services sur le marché en cause. Les effets négatifs probables sur la concurrence doivent être sensibles <sup>(22)</sup>. Un accord est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels sensibles lorsque l'une au moins des parties possède ou obtient un certain pouvoir de marché et que l'accord contribue à la création, au maintien ou au renforcement de ce pouvoir ou permet aux parties d'exploiter leur pouvoir de marché. Le pouvoir 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 non négligeable <sup>(23)</sup>. Le niveau de pouvoir de marché normalement requis pour conclure à une infraction à l'article 53, paragraphe 1, est inférieur à celui qui est requis pour conclure à l'existence d'une position dominante au sens de l'article 54 <sup>(24)</sup>.

- (16) Pour analyser les restrictions de la concurrence par effet, il convient normalement de définir le marché en cause et d'examiner et d'apprécier, plus particulièrement, 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. Dans certains cas, toutefois, il est possible de montrer les effets anticoncurrentiels directement en analysant le comportement des parties sur le marché. Ainsi, il est parfois possible de constater qu'un accord a entraîné des hausses de prix.
- (17) Toutefois, les accords de licence peuvent également avoir un fort potentiel pro concurrentiel et la grande majorité d'entre eux sont en effet favorables à la concurrence. 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 entraînent aussi la diffusion de technologies, ce qui peut créer 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'efficacité réalisés au niveau du preneur proviennent souvent d'une combinaison de la technologie du donneur et des actifs et des technologies du preneur. Une telle intégration d'actifs et de technologies complémentaires peut entraîner une configuration coûts/production qui ne serait pas possible autrement. Par exemple, la combinaison des technologies améliorées appartenant au donneur de la 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. La concession de licences peut également concourir à réaliser l'objectif pro concurrentiel d'élimination des obstacles au développement et d'exploitation de la technologie du preneur. Dans les secteurs dans lesquels de nombreux brevets prévalent, en particulier, des licences sont souvent concédées pour permettre la liberté de conception en supprimant le risque de recours du donneur pour violation de ses droits. Lorsque le donneur accepte de ne pas invoquer ses droits de propriété intellectuelle pour empêcher la vente des produits du preneur, l'accord élimine une entrave à la vente des produits de ce dernier et encourage donc la concurrence d'une manière générale.
- (18) Lorsqu'un accord de licence est couvert par l'article 53, paragraphe 1, ses effets favorables à la concurrence et ses effets restrictifs doivent être mis en regard, à la lumière de l'article 53, paragraphe 3. Si les quatre conditions énoncées à l'article 53, 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 <sup>(25)</sup>. Les restrictions caractérisées ne remplissent généralement pas les conditions mentionnées à l'article 53, paragraphe 3. De tels accords ne remplissent généralement pas (au moins) l'une des deux premières conditions énoncées à ladite disposition. En général, ils n'apportent pas d'avantages économiques objectifs ni d'avantages pour les consommateurs. Du reste, les accords de ce type ne remplissent généralement pas non plus le critère du caractère indispensable (c'est-à-dire la troisième condition). Par exemple, si les parties fixent le prix auquel les produits fabriqués sous licence doivent être vendus, cela entraînera en principe une production plus faible et une mauvaise répartition des ressources, ainsi que des prix plus élevés pour les consommateurs. La restriction relative aux prix n'est pas non plus indispensable pour réaliser les gains d'efficacité rendus possibles par le fait que les deux concurrents disposent des deux technologies.

<sup>(22)</sup> On trouvera des orientations sur la question du caractère sensible de l'incidence d'un accord dans la communication de l'Autorité concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE (JO C 67 du 20.3.2003, p. 20, et supplément EEE n° 15 du 20.3.2003, p. 11). Cette communication définit le caractère sensible par défaut. Les accords n'entrant pas dans le champ d'application de la règle de minimis n'ont pas nécessairement des effets restrictifs sensibles. Une appréciation individuelle s'impose.

<sup>(23)</sup> Arrêt du 1<sup>er</sup> juillet 2010 dans l'affaire T-321/05, Astra Zeneca/Commission, Recueil 2010, p. II-2805, point 267.

<sup>(24)</sup> Voir le point 26 des lignes directrices de l'Autorité concernant l'application de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, mentionnées à la note 4.

<sup>(25)</sup> Voir l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, du chapitre II du protocole 4 de l'accord Surveillance et Cour de justice.

### 2.3. Définition du marché

- (19) L'Autorité de surveillance AELE énonce son approche en matière de définition du marché en cause dans sa communication concernant la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence dans l'Espace économique européen <sup>(26)</sup>. Les présentes lignes directrices abordent uniquement les aspects de la définition du marché qui présentent une importance particulière dans le domaine de la concession sous licence de droits sur technologie.
- (20) La technologie est un facteur de production qui est intégré soit dans un produit soit dans un processus de production. La concession sous licence de droits sur technologie peut donc affecter la concurrence tant en amont sur le marché des facteurs de production qu'en aval sur celui des produits finis. À titre d'exemple, un accord entre deux parties qui vendent des produits concurrents en aval et s'accordent également des licences croisées pour des droits sur technologie se rapportant à la fabrication de ces produits en amont, peut restreindre la concurrence sur le marché de produits ou de services en cause situé en aval. Les licences croisées peuvent aussi restreindre la concurrence sur le marché des technologies en amont et potentiellement aussi sur d'autres marchés de facteurs de production en amont. Pour apprécier les effets des accords de licence sur la concurrence, il peut donc se révéler nécessaire de définir les marchés de produits en cause, mais aussi le ou les marchés de technologies en cause <sup>(27)</sup>.
- (21) Le marché de produits en cause englobe les produits contractuels (comportant la technologie concédée) et les produits qui sont considérés par les acheteurs comme interchangeable avec les produits contractuels ou substituables à ces derniers, en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés; les produits contractuels peuvent faire partie d'un marché de produits finals et/ou intermédiaires.
- (22) Le marché de technologies en cause comprend les droits sur technologie concédés et leurs substituts, c'est-à-dire d'autres technologies considérées par les preneurs comme interchangeables avec les droits sur technologie concédés ou substituables à ces derniers, en raison de leurs caractéristiques, des redevances dont ils font l'objet et de l'usage auquel ils sont destinés. À partir de la technologie commercialisée par le donneur, il convient d'identifier les autres technologies que les preneurs pourraient utiliser en réaction à une augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs, c'est-à-dire aux redevances. Une autre solution serait d'examiner le marché des produits comportant les droits sur technologie concédés [voir le point (25) ci-dessous].
- (23) Le terme «marché en cause» utilisé à l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie et défini à son article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point m), renvoie au marché de produits en cause et au marché de technologies en cause, en ce qui concerne tant les produits que la dimension géographique.
- (24) Le «marché géographique en cause», tel qu'il est défini à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point l), du règlement d'exemption par catégorie, comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre et la demande de produits ou la concession de licences de technologie, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones voisines parce que les conditions de concurrence y diffèrent sensiblement. Le marché géographique du ou des marchés de technologies en cause peut différer du marché géographique du ou des marchés de produits en cause.
- (25) 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. Cette méthode peut toutefois se révéler purement théorique et non pratique, en raison de l'absence d'informations claires sur les redevances. Une autre méthode, qui est celle utilisée pour déterminer la sphère de sécurité, comme expliqué à l'article 8, point d), du règlement d'exemption par catégorie, 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 [pour de plus amples détails, voir les points (86) et suivants]. Dans certains cas n'entrant pas dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, il peut se révéler nécessaire, lorsque cela est possible en pratique, d'appliquer les deux méthodes décrites ci-dessus, afin d'apprécier avec plus de précision le pouvoir de marché du donneur, ainsi que pour prendre en considération d'autres facteurs disponibles fournissant une bonne indication de la puissance relative des technologies disponibles [en ce qui concerne ces autres facteurs, voir les points (157), (159) et suivants] <sup>(28)</sup>.

<sup>(26)</sup> Communication de l'Autorité de surveillance AELE concernant la définition du marché en cause aux fins du droit de la concurrence dans l'Espace économique européen (EEE) (JO L 200 du 16.7.1998, p. 48, et supplément EEE n° 28 du 16.7.1998, p. 3).

<sup>(27)</sup> Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire M.5675, Syngenta/Monsanto, dans laquelle la Commission a analysé la concentration de deux producteurs de semences de tournesol intégrés verticalement en examinant à la fois: i) le marché en amont du commerce (échange et licence) de variétés (lignées parentales et hybrides); et ii) le marché en aval de la commercialisation des hybrides. Dans l'affaire M.5406, IPIC/MAN Ferrostaal AG, la Commission a défini un marché pour la production de mélamine de haute qualité ainsi qu'un marché de technologies en amont pour les technologies servant à la production de mélamine. Voir aussi l'affaire M.269, Shell/Montecatini.

<sup>(28)</sup> Voir aussi les décisions de la Commission dans les affaires M.5675, Syngenta/Monsanto, et M.5406, IPIC/MAN Ferrostaal AG.

- (26) Certains accords de licence peuvent avoir une incidence négative sur la concurrence dans le domaine de l'innovation. Toutefois, lorsqu'elle analyse cette incidence, l'Autorité se limite normalement à examiner l'impact de l'accord sur la concurrence sur les marchés de produits et de technologies existants <sup>(29)</sup>. La concurrence sur ces marchés 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 les marchés de technologies. Cependant, dans un nombre limité de cas, il peut être utile et nécessaire d'analyser aussi séparément les effets sur la concurrence dans le domaine de l'innovation. C'est particulièrement vrai 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 <sup>(30)</sup>. 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.

#### 2.4. Distinction entre concurrents et non-concurrents

- (27) 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 entre preneurs) 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 pour les consommateurs de ces produits, mais aussi 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 fondée sur la qualité entre preneurs de licence que dans le cas d'accords verticaux portant sur la revente de produits.
- (28) 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 potentiels sur aucun marché en cause affecté par l'accord, on considère qu'elles ne sont pas des concurrents.
- (29) En principe, les parties à un accord ne sont pas considérées comme des concurrents si elles sont dans une position de blocage unilatéral ou bilatéral. Il y a situation de blocage unilatéral lorsqu'un droit sur technologie ne peut pas être exploité sans enfreindre un autre droit sur technologie valable ou si une partie ne peut pas exercer ses activités d'une manière commercialement viable sur le marché en cause sans enfreindre le droit sur technologie valable de l'autre partie. Tel est par exemple le cas lorsqu'un droit sur technologie couvre une amélioration d'un autre droit sur technologie et que l'amélioration ne peut légalement être utilisée sans concession du droit sur technologie de base. Il y a situation de blocage bilatéral quand aucun des deux droits sur technologie ne peut être exploité sans enfreindre l'autre droit sur technologie valable ou qu'aucune partie ne peut exercer ses activités d'une manière commercialement viable sur le marché en cause sans empiéter sur le droit sur technologie valable de l'autre partie et que les parties doivent donc obtenir une licence ou une dérogation l'une de l'autre <sup>(31)</sup>. Toutefois, en pratique, il peut y avoir des cas où on ne peut être certain qu'un droit sur technologie donné est valable et enfreint.
- (30) Les parties sont des concurrents réels sur le marché de produits si, avant la conclusion de l'accord, elles exercent déjà toutes deux leurs activités sur le même marché de produits en cause. Le fait que les deux parties exercent déjà leurs activités sur le même marché de produits en cause, sans avoir conclu un accord de licence, montre clairement qu'elles n'exercent pas de blocage l'une sur l'autre. Dans un tel scénario, les parties sont présumées être des concurrents réels, jusqu'à ce qu'une situation de blocage soit établie (notamment par une décision de justice ayant acquis force de chose jugée).
- (31) Le preneur de licence peut être considéré comme un concurrent potentiel sur le marché de produits s'il est probable qu'en l'absence d'accord, il engagerait les investissements supplémentaires nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause en réaction à une augmentation légère, mais permanente, des prix des produits. La probabilité de l'entrée sur le marché devrait être évaluée sur la base de motifs réalistes, c'est-à-dire en se fondant sur les faits propres à l'espèce. Cette entrée a plus de chance de se produire si le preneur possède des actifs qui peuvent être facilement utilisés pour pénétrer sur le marché sans entraîner des coûts irrécupérables substantiels ou s'il a déjà

<sup>(29)</sup> Voir aussi les points (119) à (122) des lignes directrices de l'Autorité sur l'applicabilité de l'article 53 de l'accord EEE aux accords de coopération horizontale (ci-après les «lignes directrices horizontales») (JO C 362 du 12.12.2013, p. 3, et supplément EEE n° 69 du 12.12.2013, p. 1).

<sup>(30)</sup> Voir également le point (157).

<sup>(31)</sup> Dans un scénario où des entreprises ont donné un engagement général de concéder sous licence certains droits de propriété intellectuelle, les parties ne peuvent être considérées comme se trouvant dans une situation de blocage sur la base de ces droits de propriété intellectuelle.

élaboré des plans, ou commencé à investir d'une autre manière, en vue de pénétrer sur le marché. Il doit exister des possibilités réelles et concrètes que le preneur puisse entrer sur le marché en cause et concurrencer les entreprises établies <sup>(32)</sup>. Ainsi, le preneur de licence ne saurait être qualifié de concurrent potentiel si son entrée sur le marché ne correspond pas à une stratégie économique viable <sup>(33)</sup>.

- (32) Dans le contexte spécifique des droits de propriété intellectuelle, un facteur supplémentaire pour déterminer si les parties sont des concurrents potentiels sur un marché donné réside dans la possibilité que leurs droits de propriété intellectuelle se trouvent dans une situation de blocage, c'est-à-dire que le preneur de licence ne peut pénétrer sur le marché en question sans enfreindre les droits de propriété intellectuelle de l'autre partie.
- (33) En l'absence de certitude sous la forme d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée quant à l'existence d'une situation de blocage, et donc d'une certitude sur ce point, les parties devront, pour examiner si elles sont des concurrents potentiels, se fonder sur toutes les données disponibles au moment donné, et notamment la possibilité que des droits de propriété intellectuelle soient enfreints et la question de savoir s'il existe, dans un cas concret, des possibilités effectives de contourner des droits de propriété intellectuelle existants. Des investissements substantiels déjà effectués ou des plans avancés en vue d'entrer sur un marché donné peuvent soutenir le point de vue selon lequel les parties sont des concurrents au moins potentiels, même si une situation de blocage ne peut pas être exclue. Des preuves particulièrement convaincantes de l'existence d'une situation de blocage peuvent être requises lorsque les parties possèdent un intérêt commun à prétendre qu'une telle situation existe afin d'être qualifiées de non-concurrents, par exemple lorsque la situation de blocage alléguée concerne des technologies qui sont des substituts technologiques [voir le point (22) ci-dessus] ou s'il existe une incitation financière importante du donneur à l'égard du preneur.
- (34) Pour constituer une pression concurrentielle réaliste, la pénétration doit être susceptible d'intervenir dans un bref délai <sup>(34)</sup>. Une période d'un ou deux ans est normalement considérée comme appropriée. Toutefois, dans certains cas, des périodes plus longues peuvent être prises en compte. Le délai nécessaire pour que des entreprises déjà présentes sur le marché adaptent leurs capacités peut servir de critère pour déterminer cette période. 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 concédée concurrente. Dans ce cas, il est probable que le preneur aurait pu pénétrer sur le second marché géographique sur la base de sa propre technologie, sauf si cette entrée s'était avérée impossible pour des raisons objectives, dont l'existence de droits de propriété intellectuelle de blocage.
- (35) Les parties sont des concurrents réels sur le marché de technologies si elles concèdent déjà toutes deux des technologies substituables sous licence, ou si le preneur concède déjà ses technologies sous licence et que le donneur pénètre sur le marché de technologies en concédant au preneur une licence sur une technologie concurrente.
- (36) Les parties sont considérées comme des concurrents potentiels sur le marché de technologies lorsqu'elles possèdent des technologies substituables et que 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. Dans le cas des marchés de technologies, il est généralement plus difficile de déterminer si les parties sont des concurrents potentiels. C'est pourquoi, aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie, la concurrence potentielle sur le marché de technologies n'est pas prise en compte [voir le point (83) ci-dessous] et les parties sont traitées comme des non-concurrents.
- (37) 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 existant. Ce point est, cependant, 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 plus tard. 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 53, paragraphe 1, que l'article 53, 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 substantielle de la situation. La caractérisation de la relation entre les parties pourra donc être modifiée pour être considérée comme une relation entre non-concurrents si, par la suite, la technologie du preneur devient obsolète ou non concurrentielle sur le marché.

<sup>(32)</sup> Arrêt du 15 septembre 1998 dans les affaires jointes T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, *European Night Services e.a./Commission*, Recueil 1998, p. II-3141, point 137.

<sup>(33)</sup> Arrêt du 14 avril 2011 dans l'affaire T-461/07, *Visa Europe Ltd et Visa International Service/Commission*, Recueil 2011, p. II-1729, point 167.

<sup>(34)</sup> Arrêt du 14 avril 2011 dans l'affaire T-461/07, *Visa Europe Ltd et Visa International Service/Commission*, Recueil 2011, p. II-1729, point 189.

- (38) Dans certains cas, les parties peuvent devenir des concurrents à la suite de la conclusion de l'accord parce que le preneur met au point ou acquiert et commence à exploiter une technologie concurrente. Il convient alors de tenir compte du fait que les parties n'étaient pas des concurrents lors de la conclusion de l'accord et que celui-ci a été conclu dans ce contexte. L'Autorité concentrera donc principalement son attention sur l'incidence de l'accord sur la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie (concurrente). En particulier, la liste des restrictions caractérisées relative aux accords entre concurrents ne sera pas appliquée à de tels accords, sauf si ceux-ci ont été modifiés ultérieurement sur un point essentiel après que les parties sont devenues des concurrents (voir l'article 4, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie).
- (39) Les entreprises parties à un accord peuvent également devenir des concurrents à la suite de la conclusion de l'accord lorsque le preneur était déjà actif sur le marché en cause où le produit contractuel est vendu avant la concession de la licence et que le donneur pénètre ensuite sur ce marché sur la base des droits sur technologie concédés ou d'une nouvelle technologie. Dans ce cas également, la liste des restrictions caractérisées relative aux accords entre non-concurrents continuera à s'appliquer à l'accord sauf si celui-ci fait l'objet d'une modification essentielle (voir l'article 4, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie). Est notamment considérée comme modification substantielle la conclusion entre les parties d'un nouvel accord de transfert de technologie concernant des droits sur technologie concurrents pouvant être utilisés aux fins de la production de produits concurrençant les produits contractuels.

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

#### 3.1. Les effets du règlement d'exemption par catégorie

- (40) Les catégories d'accords de transfert de technologie remplissant les conditions énoncées dans le règlement d'exemption par catégorie sont exemptées de l'application de l'interdiction figurant à l'article 53, 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 de l'exemption par catégorie par l'Autorité et les autorités de concurrence des États de l'AELE. Ils ne peuvent pas être interdits en vertu de l'article 53 par des juridictions nationales dans le cadre de litiges privés.
- (41) L'exemption de certaines catégories d'accords de transfert de technologie repose sur l'hypothèse que ces accords — dans la mesure où ils relèvent de l'article 53, paragraphe 1 — remplissent les quatre conditions énoncées à l'article 53, paragraphe 3. On suppose donc qu'ils permettent de réaliser des gains d'efficacité, que les restrictions qu'ils contiennent sont indispensables pour que ces gains d'efficacité puissent être atteints, que les consommateurs sur le marché en cause recevront une partie équitable de ces gains d'efficacité 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 restrictions exclues (article 5) figurant dans le règlement d'exemption par catégorie ont pour but de garantir que seuls les accords restrictifs dont on peut raisonnablement supposer qu'ils remplissent les quatre conditions figurant à l'article 53, paragraphe 3, bénéficieront de l'exemption par catégorie.
- (42) Comme précisé à la section 4 des présentes lignes directrices, de nombreux accords de licence ne relèvent pas de l'article 53, 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<sup>(35)</sup>. Dans la mesure où de tels accords seraient de toute façon couverts par le règlement d'exemption par catégorie, il n'est pas nécessaire de déterminer s'ils relèvent ou non de l'article 53, paragraphe 1<sup>(36)</sup>.
- (43) En dehors du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, il convient d'examiner si un accord déterminé relève de l'article 53, paragraphe 1, et, le cas échéant, si les conditions de l'article 53, paragraphe 3, sont remplies. Les accords de transfert de technologie ne bénéficiant pas de l'exemption par catégorie ne sont pas présumés entrer dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, ni ne pas remplir les conditions de l'article 53, paragraphe 3. En particulier, le simple fait que les parts de marché des parties soient supérieures au seuil défini à l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie ne suffit pas pour conclure que l'accord est couvert par l'article 53, paragraphe 1. Une appréciation individuelle des effets probables de l'accord 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 53.

<sup>(35)</sup> Voir à cet égard la communication concernant les accords d'importance mineure, citée à la note 22.

<sup>(36)</sup> Conformément à l'article 3, paragraphe 2, du chapitre II du protocole 4 de l'accord Surveillance et Cour de justice, le droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États de l'AELE, mais qui ne sont pas interdits par l'article 53.

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

#### 3.2.1. La notion d'accords de transfert de technologie

- (44) Le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices couvrent les accords de transfert de technologie. Aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point b), du règlement d'exemption par catégorie, la notion de «droits sur technologie» couvre le savoir-faire, ainsi que les brevets, les modèles d'utilité, les droits de dessin, 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 certificats d'obtention végétale et les droits d'auteur sur logiciels ou une combinaison de ces éléments, ainsi que les demandes ou demandes d'enregistrement de ces droits. Les droits sur technologie concédés doivent permettre au preneur de produire les produits contractuels avec ou sans autre facteur de production. Le règlement d'exemption par catégorie s'applique uniquement dans les États de l'EEE où le donneur détient des droits sur technologie pertinents. Dans le cas contraire, il ne peut y avoir de droits sur technologie à transférer au sens du règlement d'exemption par catégorie.
- (45) Le savoir-faire est défini à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point i), du règlement d'exemption par catégorie comme un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques résultant de l'expérience et testées:
- a) «secret» signifie que le savoir-faire n'est généralement pas connu ou facilement accessible;
  - b) «substantiel» signifie que le savoir-faire comprend des informations importantes et utiles pour la production des produits ou pour l'application du processus couverts par l'accord de licence. En d'autres termes, les informations doivent contribuer de manière substantielle à la production des produits contractuels ou la faciliter. Lorsque le savoir-faire concédé porte sur un produit, par opposition à un processus, cette condition implique que le savoir-faire soit utile à la production du produit contractuel. Elle n'est pas remplie lorsque le produit contractuel peut être produit sur la base de technologies librement disponibles. Elle n'impose cependant pas que la valeur du produit contractuel soit supérieure à celle de produits à partir de technologies librement disponibles. Dans le cas de technologies portant sur un processus, cette condition implique que le savoir-faire soit utile, c'est-à-dire que l'on puisse raisonnablement compter, à la date de la conclusion de l'accord, sur sa capacité à améliorer considérablement la position concurrentielle du preneur, par exemple en réduisant ses coûts de production;
  - c) «identifié» signifie qu'il est possible de vérifier que le savoir-faire concédé remplit les critères de secret et de substantialité. Cette condition est remplie lorsque le savoir-faire concédé est décrit dans des manuels ou tout autre document écrit. Dans certains cas, cela peut toutefois s'avérer raisonnablement impossible. Le savoir-faire concédé peut consister en des connaissances pratiques détenues par le personnel du donneur de licence. Ce personnel peut par exemple détenir des connaissances secrètes et substantielles sur un processus de production déterminé, qui sont transmises au preneur par l'intermédiaire de la formation du personnel de ce dernier. Dans ces conditions, il suffit de décrire dans l'accord la nature générale du savoir-faire et d'énumérer les membres du personnel qui seront ou ont été impliqués dans sa transmission au preneur.
- (46) Les clauses des accords de transfert de technologie relatives à l'achat de produits par le preneur ne sont concernées par le règlement d'exemption par catégorie que si et dans la mesure où elles sont directement liées à la production ou à la vente des produits contractuels. En conséquence, le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique pas aux accords ou parties d'accords de transfert de technologie qui concernent un facteur de production et/ou un équipement utilisé à des fins autres que la production des produits contractuels. À titre d'exemple, lorsque la concession d'une licence de technologie pour la production de fromage s'accompagne de ventes de lait, seul le lait utilisé pour la production de fromage au moyen de la technologie concédée est couvert par le règlement d'exemption par catégorie.
- (47) Les clauses des accords de transfert de technologie relatives à 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 [au sujet du droit d'auteur sur logiciels, voir les points (44) et (62)], ne sont concernées par le règlement d'exemption par catégorie que si et dans la mesure où elles sont directement liées à la production ou à la vente des produits contractuels. Cette condition garantit que les clauses couvrant d'autres types de droits de propriété intellectuelle bénéficient d'une exemption par catégorie si ces droits permettent au preneur de mieux exploiter les droits liés à la technologie concédée. À titre d'exemple, lorsqu'un donneur de licence autorise un preneur à utiliser sa marque déposée sur les produits comportant la technologie concédée, cette licence de marque 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 les droits liés à 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. Le règlement d'exemption par catégorie couvre les accords de transfert de technologie dans ce scénario, même si l'intérêt principal des parties réside dans l'exploitation de la marque plutôt que de la technologie <sup>(37)</sup>.

- (48) Le règlement d'exemption par catégorie ne couvre pas la concession de licences de droit d'auteur autre que le droit d'auteur sur logiciels [à l'exception de la situation exposée au point (47)]. Toutefois, l'Autorité appliquera en règle générale les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices lors de l'appréciation de la concession de licences de droit d'auteur pour la production de produits contractuels au regard de l'article 53.
- (49) On considère, par contre, que la concession de licences de droits de location et de droits de diffusion publique protégés par le droit d'auteur, notamment ceux concernant les œuvres cinématographiques ou la musique, 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. Aux fins de l'application de l'article 53, il convient de tenir compte de la spécificité de l'œuvre et de la façon dont elle est exploitée <sup>(38)</sup>. L'Autorité 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) L'Autorité n'étendra pas non plus les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices aux licences de marques [sauf pour la situation exposée au point (47)]. 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 relève de l'acte visé au point 2 de l'annexe XIV de l'accord EEE [règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux)] <sup>(39)</sup>.

### 3.2.2. La notion de «transfert»

- (51) La notion 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 ses droits sur technologie, moyennant le versement de redevances.
- (52) En vertu de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie, les cessions dans le cadre desquelles le cédant continue de supporter une partie du risque lié à l'exploitation des droits sur technologie sont également considérées comme des accords de transfert de technologie. Tel est notamment le cas lorsque le montant dû en contrepartie de la cession dépend du chiffre d'affaires réalisé par le cessionnaire sur les produits fabriqués grâce à la technologie cédée, de la quantité de ces produits fabriqués ou du nombre d'opérations effectuées à l'aide de la technologie.
- (53) Un accord en vertu duquel le donneur s'engage à ne pas exercer ses droits sur technologie contre le preneur peut également être considéré comme un transfert de droits sur technologie. En effet, l'essence d'une licence de brevet proprement dite est le droit d'opérer à l'intérieur du domaine couvert par le droit exclusif du brevet. Il s'ensuit que le règlement d'exemption par catégorie couvre également des accords appelés accords de non-revendication et de règlement, par lesquels le donneur autorise le preneur à produire dans le domaine couvert par le brevet <sup>(40)</sup>.

### 3.2.3. Accords entre deux parties

- (54) Selon son article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point c), le règlement d'exemption par catégorie 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 entreprises des accords multipartites est le fait que l'accord en cause ait été conclu par plus de deux entreprises.

<sup>(37)</sup> Le règlement d'exemption par catégorie pourrait désormais s'appliquer à l'accord de transfert de technologie qui a fait l'objet d'une appréciation de la Commission dans sa décision dans l'affaire Moosehead/Whitbread (JO L 100 du 20.4.1990, p. 32). Voir notamment le considérant 16 de cette décision.

<sup>(38)</sup> Voir, à cet égard, l'arrêt du 6 octobre 1982 dans l'affaire 262/81, Coditel (II), Recueil 1982, p. 3381.

<sup>(39)</sup> JO L 102 du 23.4.2010, p. 1. Règlement intégré dans l'accord EEE par la décision n° 77/2010/CE (JO L 244 du 16.9.2010, p. 35, et supplément EEE n° 49 du 16.9.2010, p. 34).

<sup>(40)</sup> Les termes «concession (sous licence)» et «concédé (sous licence)» utilisés dans les présentes lignes directrices couvrent aussi les accords de cession, de non-revendication et de règlement tant qu'un transfert de droits sur technologie a lieu de la manière décrite dans la présente section. Voir également, au sujet des accords de règlement, les points (234) et suivants.

- (55) Les accords conclus entre deux entreprises entrent dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, même s'ils contiennent des dispositions applicables à plusieurs niveaux de la chaîne commerciale. C'est ainsi que ledit 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 <sup>(41)</sup>.
- (56) Les accords créant des regroupements de technologies et concédant des licences à partir de regroupements de technologies sont généralement des accords multipartites et ne sont donc pas couverts par le règlement d'exemption par catégorie <sup>(42)</sup>. 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 les 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.
- (57) 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 entreprises. 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 entreprises, l'Autorité appliquera par analogie les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie. Toutefois, les regroupements de technologies et la concession de licences à partir de regroupements de technologies sont traités spécifiquement à la section 4.4.

#### 3.2.4. Accords relatifs à la production de produits contractuels

- (58) L'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie dispose que, pour que les accords de licence soient couverts par celui-ci, ils doivent être «conclus entre deux entreprises aux fins de la production de produits contractuels», c'est-à-dire de produits comportant les droits sur technologie concédés ou fabriqués à partir de ceux-ci. La licence doit autoriser le preneur et/ou son ou ses sous-traitants à exploiter la technologie concédée aux fins de la production de biens ou de services (voir également le considérant 7 du règlement d'exemption par catégorie).
- (59) Lorsque l'objet de l'accord n'est pas la production de produits contractuels mais, par exemple, consiste simplement à bloquer le développement d'une technologie concurrente, l'accord de licence n'est pas couvert par le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices peuvent également ne pas être appropriées aux fins de l'appréciation de l'accord. De manière plus générale, lorsque les parties s'abstiennent d'exploiter les droits sur technologie concédés, aucune activité renforçant l'efficacité ne peut avoir lieu, et l'exemption par catégorie n'a donc pas de raison d'être. Toutefois, l'exploitation ne doit pas nécessairement prendre la forme d'une intégration d'actifs. Elle se produit également lorsque la licence crée une liberté de conception pour le preneur en lui permettant d'exploiter sa propre technologie sans courir le risque de recours du donneur pour violation de ses droits. 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. Pour ces raisons, l'Autorité examinera très attentivement les cas de non-exploitation.
- (60) Le règlement d'exemption par catégorie s'applique aux accords de licence conclus aux fins de la production de produits contractuels par le preneur et/ou son ou ses sous-traitants. En conséquence, il ne s'applique pas aux accords (ou parties d'accords) de transfert de technologie qui autorisent la concession de sous-licences. Toutefois, l'Autorité appliquera par analogie les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices aux «accords-cadres de licence» entre le donneur et le preneur (c'est-à-dire des accords par lesquels le donneur de licence autorise le preneur à concéder des sous-licences sur la technologie). Les accords conclus entre le preneur et les sous-traitants aux fins de la production de produits contractuels sont couverts par le règlement.
- (61) Le terme «produits contractuels» comprend les biens et les services produits à l'aide des droits sur technologie concédés, c'est-à-dire tant les cas dans lesquels la technologie concédée est utilisée au cours du processus de production que ceux 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 d'exemption par catégorie s'applique dans tous les cas où des droits sur technologie sont concédés sous licence dans le but de produire des biens et des services. Le cadre du règlement et des présentes lignes directrices est fondé sur l'hypothèse qu'il existe un lien direct entre les droits sur technologie concédés et un produit contractuel

<sup>(41)</sup> Voir le considérant 6 du règlement, ainsi que la section 3.2.6 ci-dessous.

<sup>(42)</sup> Pour de plus amples détails, voir le point (248).

déterminé. En l'absence d'un tel lien, c'est-à-dire lorsque l'objet de l'accord ne consiste pas à permettre la production d'un produit contractuel, le cadre analytique du règlement d'exemption par catégorie et des présentes lignes directrices peut ne pas être approprié.

- (62) La concession d'une licence de droit d'auteur sur logiciel pour la reproduction et la distribution pures et simples de l'œuvre protégée, c'est-à-dire la production de copies destinées à être revendues, n'est pas considérée comme servant à la «production» au sens du règlement d'exemption par catégorie et n'est donc pas couverte par ce dernier ni par les présentes lignes directrices. La reproduction en vue de la distribution relève plutôt, par analogie, du règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux <sup>(43)</sup> et des lignes directrices sur les restrictions verticales <sup>(44)</sup>. On parle de reproduction en vue de la distribution lorsqu'une licence est accordée en vue de permettre la reproduction du logiciel sur un support, quels que soient les moyens techniques par lesquels le logiciel est distribué. À titre d'exemple, le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices ne concernent pas la concession d'une licence de droit d'auteur sur logiciel en vertu de laquelle le preneur de la licence reçoit l'original du logiciel en vue de le reproduire et de le vendre aux utilisateurs finals. Ils ne s'appliquent pas davantage à la concession de licences de droit d'auteur sur logiciel pour la distribution de logiciels sous la forme de licences «shrink wrap», qui stipulent que l'ouverture de l'emballage du support sur lequel le logiciel se trouve vaut acceptation des conditions de l'éditeur, ni à la concession de licences de droit d'auteur sur logiciel pour la distribution de logiciels par téléchargement en ligne.
- (63) En revanche, lorsque le logiciel sous licence est incorporé dans le produit contractuel par le preneur, on ne parle pas de simple reproduction, mais bien de production. Le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices s'appliquent, par exemple, à la concession de licences de droit d'auteur sur logiciel lorsque le preneur de la licence est autorisé à reproduire le logiciel en l'incorporant dans un appareil avec lequel le logiciel interagit.
- (64) Le règlement d'exemption par catégorie couvre la «sous-traitance», par laquelle le donneur concède des droits sur technologie au preneur, qui s'engage à produire certains produits exclusivement pour le donneur sur la base de ces droits. 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 en tant que partie d'un accord de transfert de technologie, les équipements fournis doivent être directement liés à la production de produits contractuels. La sous-traitance est également couverte par la communication de l'Autorité concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE <sup>(45)</sup>. Conformément à cette communication, qui reste applicable, les contrats de sous-traitance en vertu desquels le sous-traitant s'engage à produire certains produits exclusivement pour le donneur d'ordre ne sont généralement pas visés par l'article 53, paragraphe 1. Les contrats de sous-traitance en vertu desquels le donneur d'ordre détermine le prix de cession interne du produit contractuel entre sous-traitants dans une chaîne de valeur de la sous-traitance n'entrent généralement pas non plus dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, pour autant que les produits contractuels soient exclusivement produits pour le compte du donneur d'ordre. Toutefois, d'autres limitations imposées au sous-traitant, telles que l'obligation de ne pas effectuer ou exploiter ses propres travaux de recherche-développement, peuvent être visées par l'article 53 <sup>(46)</sup>.
- (65) Le règlement d'exemption par catégorie s'applique également aux accords en vertu desquels le preneur doit effectuer des travaux de développement avant d'obtenir un produit ou un processus prêt pour une exploitation commerciale, pour autant qu'un produit contractuel ait été identifié. Même si la poursuite de tels travaux et de tels investissements est requise, l'objet de l'accord est la production d'un produit contractuel déterminé, c'est-à-dire de produits fabriqués au moyen des droits sur technologie concédés.
- (66) Le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices ne s'appliquent pas aux accords par lesquels des droits sur technologie sont concédés afin de permettre au preneur de mener d'autres activités de recherche-développement dans divers domaines, et notamment de poursuivre le développement d'un produit résultant de ces activités <sup>(47)</sup>. 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. Ils ne couvrent pas non plus les accords de sous-traitance de recherche-développement, en vertu desquels le preneur de la licence s'engage à effectuer 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 <sup>(48)</sup>. 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.

<sup>(43)</sup> Voir note 39.

<sup>(44)</sup> JO C 362 du 22.11.2012, p. 1, et supplément EEE n° 65 du 22.11.2012, p. 1.

<sup>(45)</sup> JO L 153 du 18.6.1994, p. 30, et supplément EEE n° 15 du 18.6.1994, p. 29.

<sup>(46)</sup> Voir le point 3 de la communication de l'Autorité concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance, citée à la note 44.

<sup>(47)</sup> Voir aussi la section 3.2.6.1.

<sup>(48)</sup> Toutefois, ce dernier exemple est couvert par le règlement (UE) n° 1217/2010, cité à la note 50; voir également la section 3.2.6.1 ci-dessous.

### 3.2.5. Durée

- (67) Sous réserve de la durée du règlement, qui expire le 30 avril 2026, l'exemption par catégorie est applicable tant que le droit de propriété intellectuelle concédé n'a pas expiré, n'est pas devenu caduc ou n'a pas été invalidé, ou, dans le cas du savoir-faire, tant que celui-ci demeure secret, sauf si le savoir-faire est rendu public du fait du preneur, auquel cas l'exemption est applicable pendant toute la durée de l'accord (voir l'article 2 du règlement d'exemption par catégorie).
- (68) L'exemption par catégorie s'applique à chaque droit sur technologie concerné 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 sur technologie au sens du règlement d'exemption par catégorie.

### 3.2.6. Rapport avec d'autres règlements d'exemption par catégorie

- (69) Le règlement d'exemption par catégorie couvre les accords relatifs à la concession de licences de droits sur technologie conclus entre deux entreprises en vue de la production de produits contractuels. Toutefois, les droits sur technologie peuvent 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 l'acte visé au point 6 de l'annexe XIV de l'accord EEE [règlement (UE) n° 1218/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation (le «règlement d'exemption par catégorie des accords de spécialisation»)]<sup>(49)</sup>, l'acte visé au point 7 de l'annexe XIV de l'accord EEE [règlement (UE) n° 1217/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de recherche et de développement (le «règlement d'exemption par catégorie des accords de recherche et de développement»)]<sup>(50)</sup> et le règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux<sup>(51)</sup>.

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

- (70) Le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique pas à la concession de licences dans le contexte des accords de spécialisation qui sont concernés par le règlement d'exemption par catégorie des accords de spécialisation ni à la concession de licences dans le contexte des accords de recherche et de développement qui relèvent du règlement d'exemption par catégorie des accords de recherche et de développement (voir le considérant 7 et l'article 9 dudit règlement).
- (71) Selon son article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point d), le règlement d'exemption par catégorie des accords de spécialisation concerne, en particulier, les accords de production conjointe en vertu desquels deux ou plusieurs parties acceptent de fabriquer certains produits conjointement. Ce 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.
- (72) 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 d'exemption par catégorie des accords de spécialisation, 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 d'exemption par catégorie des accords de spécialisation. 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, qui sont traités à la section 4.4 des présentes lignes directrices.
- (73) Le règlement d'exemption par catégorie des accords de recherche et de développement concerne les accords par lesquels deux ou plusieurs entreprises acceptent de poursuivre en commun des activités de recherche-développement et d'en exploiter les résultats en commun. Conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point m), de ce règlement, la recherche et le développement ainsi que 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 et la distribution, y compris la concession de licences. Ce règlement s'applique aussi aux accords concernant des activités rémunérées de recherche-développement par lesquels deux ou plusieurs

<sup>(49)</sup> JO L 335 du 18.12.2010, p. 43. Règlement intégré dans l'accord EEE par la décision n° 3/2011 (JO L 93 du 7.4.2011, p. 32, et supplément EEE n° 19 du 7.4.2011, p. 7).

<sup>(50)</sup> JO L 335 du 18.12.2010, p. 36. Règlement intégré dans l'accord EEE par la décision n° 3/2011 (JO L 93 du 7.4.2011, p. 32, et supplément EEE n° 19 du 7.4.2011, p. 7).

<sup>(51)</sup> Voir note 39.

entreprises acceptent que les activités de recherche-développement soient effectuées par une partie et financées par une autre, avec ou sans exploitation commune des résultats [voir l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point a) vi), du règlement d'exemption par catégorie des accords de recherche et de développement].

- (74) Le règlement d'exemption par catégorie des accords de recherche et de développement s'applique donc à la concession de licences entre les parties ou par les parties à une entreprise commune dans le cadre d'un accord de recherche-développement. Ce type de concession de licences relève uniquement du règlement d'exemption par catégorie des accords de recherche et de développement et non du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie. Dans le cadre de tels accords, les parties peuvent également déterminer les conditions dans lesquelles le fruit des accords de recherche-développement sera concédé sous licence à des tiers. Toutefois, comme les preneurs tiers ne sont pas parties à l'accord de recherche-développement, l'accord de licence individuel conclu avec des tiers ne relève pas du règlement d'exemption par catégorie des accords de recherche et de développement. Cet accord de licence est couvert par l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie si les conditions y afférentes sont remplies.

#### 3.2.6.2. Le règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux

- (75) Le règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux concerne 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 <sup>(52)</sup>.
- (76) Le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie ne s'appliquant qu'aux accords conclus entre deux parties et un preneur vendant des produits comportant la technologie concédée étant considéré comme un fournisseur aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux, ces deux règlements d'exemption par catégorie sont étroitement liés. Les accords conclus entre un donneur et un preneur relèvent du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, alors que les accords conclus entre un preneur et des acheteurs des produits contractuels sont soumis au règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux <sup>(53)</sup>.
- (77) Le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie exempt également les accords entre un donneur et un preneur 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 d'exemption par catégorie des accords verticaux pour pouvoir bénéficier d'une exemption par catégorie. C'est ainsi que le donneur peut obliger le preneur à mettre en place un système fondé sur la distribution exclusive, conformément à des règles précises. Néanmoins, conformément à l'article 4, point b), du règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux, les distributeurs doivent généralement pouvoir effectuer des ventes passives sur le territoire d'autres distributeurs exclusifs du preneur.
- (78) En outre, le règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux prévoit que les distributeurs doivent en principe être libres de vendre, tant activement que passivement, sur les territoires couverts par les systèmes de distribution d'autres fournisseurs, c'est-à-dire d'autres preneurs produisant leurs propres produits à partir des droits sur technologie concédés. La raison en est qu'aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux, chaque preneur constitue un fournisseur distinct. Toutefois, les motifs d'octroi de l'exemption par catégorie pour les restrictions des ventes actives dans le système de distribution d'un fournisseur contenus dans ce règlement peuvent également s'appliquer lorsque les produits comportant la technologie concédée sont vendus par différents 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 l'Autorité remette en cause d'éventuelles restrictions lorsque les conditions énoncées dans le règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux 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.

### 3.3. Seuils de parts de marché de la sphère de sécurité

- (79) Conformément à l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, l'exemption par catégorie d'accords restrictifs ou, en d'autres termes, la sphère de sécurité du règlement d'exemption par catégorie, est soumise à des seuils de parts de marché, ce qui limite le champ d'application de l'exemption par catégorie aux accords qui, bien que susceptibles de restreindre la concurrence, sont généralement présumés remplir les conditions énoncées à l'article 53, paragraphe 3. En dehors de la sphère de sécurité créée par les seuils de parts de marché, une

<sup>(52)</sup> Voir également la brochure intitulée «La politique de concurrence en Europe — Les règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution», Commission européenne, Office des publications de l'Union européenne, 2012, Luxembourg.

<sup>(53)</sup> Notes 39 et 44, respectivement.

appréciation individuelle est requise. Le fait que les parts de marché soient supérieures aux seuils ne permet pas de supposer que l'accord entre dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, ni qu'il ne remplit pas les conditions de l'article 53, paragraphe 3. En l'absence de restrictions caractérisées telles que celles précisées à l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie, une analyse du marché est requise.

#### Seuils de part de marché applicables

- (80) Le seuil de part de marché à appliquer aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie des accords de transferts de technologie varie selon que l'accord est conclu entre concurrents ou entre non-concurrents.
- (81) Les seuils de parts de marché s'appliquent à la fois au(x) marché(s) en cause des droits sur technologie concédés qu'au(x) marché(s) en cause des produits contractuels. Si la part de marché détenue est supérieure au seuil applicable sur un ou plusieurs marchés de produits et de technologies, l'accord ne peut pas bénéficier de l'exemption par catégorie sur ce ou ces marchés en cause. Par exemple, si l'accord de licence porte sur deux marchés de produits distincts, l'exemption par catégorie peut être applicable à l'un des marchés et non à l'autre.
- (82) Conformément à l'article 3, paragraphe 1, du règlement d'exemption par catégorie, la sphère de sécurité prévue à son article 2 s'applique aux accords entre concurrents à condition que la part de marché cumulée détenue par les parties n'excède pas 20 % sur le marché en cause, quel qu'il soit. Le seuil de part de marché prévu à l'article 3, paragraphe 1, du règlement d'exemption par catégorie est applicable si les parties sont des concurrents réels ou des concurrents potentiels sur le ou les marchés de produits et/ou des concurrents réels sur le marché de technologies [pour la distinction entre concurrents et non-concurrents, voir les points (27) et suivants].
- (83) La concurrence potentielle sur le marché de technologies n'est pas prise en considération pour l'application des seuils de parts de marché ou de la liste des restrictions caractérisées relative aux accords entre concurrents. En dehors de la sphère de sécurité du règlement, la concurrence potentielle sur le marché de technologies est prise en considération, mais n'entraîne pas l'application de la liste de restrictions caractérisées relative aux accords entre concurrents.
- (84) Lorsque les entreprises parties à l'accord ne sont pas des entreprises concurrentes, le seuil de part de marché prévu à l'article 3, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie s'applique. Un accord entre non-concurrents entre dans le champ d'application du règlement si aucune des parts de marché de chacune des parties ne dépasse 30 % sur les marchés de technologies et les marchés de produits en cause affectés.
- (85) Si, par la suite, les parties deviennent des concurrents au sens de l'article 3, paragraphe 1, du règlement d'exemption par catégorie, par exemple parce que le preneur était présent sur le marché en cause où les produits contractuels sont vendus avant la conclusion de l'accord de licence et que le donneur devient un fournisseur réel ou potentiel sur le même marché en cause, le seuil de part de marché de 20 % s'applique à partir du moment où le preneur et le donneur deviennent des concurrents. Cependant, dans un tel cas, la liste des restrictions caractérisées relative aux accords entre non-concurrents continuera à s'appliquer à l'accord sauf si celui-ci fait ensuite l'objet d'une modification substantielle [voir l'article 4, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, ainsi que le point (39) des présentes lignes directrices].

#### Calcul des parts de marché pour le(s) marché(s) de technologies aux fins de l'application de la sphère de sécurité

- (86) Le calcul des parts de marché sur les marchés en cause où les droits sur technologie sont concédés effectué dans le cadre du règlement d'exemption par catégorie s'écarte de la pratique habituelle pour les raisons détaillées au point (87) des présentes lignes directrices. En ce qui concerne les marchés de technologies, il ressort de l'article 8, point d), du règlement d'exemption par catégorie qu'en ce qui concerne tant les produits que la dimension géographique du marché en cause, la part de marché du donneur doit être calculée sur la base des ventes, par le donneur et par l'ensemble de ses preneurs, de produits comportant la technologie concédée. Selon cette méthode, les ventes de produits contractuels cumulées du donneur et des preneurs sont calculées comme une part de toutes les ventes de produits concurrents, que ces produits concurrents soient ou non produits au moyen d'une technologie concédée sous licence.
- (87) Cette méthode, qui consiste à calculer la part de marché du donneur sur le marché de technologies comme son «empreinte» au niveau des produits, a été choisie en raison des difficultés pratiques que pose le calcul de la part de marché d'un donneur sur la base des redevances perçues [voir le point (25) ci-dessus]. Outre le fait qu'il est, en règle générale, difficile d'obtenir des données fiables sur les redevances perçues, le montant réel de ces dernières peut aussi conduire à sous-estimer fortement la position de la technologie en cause sur le marché lorsque les redevances dues sont réduites du fait d'accords de licences croisées ou de la fourniture de produits liés. Le fait de calculer la part de marché du donneur sur le marché de technologies sur la base des produits fabriqués au moyen de la technologie concernée par comparaison avec les produits fabriqués au moyen de technologies concurrentes permet d'éliminer ce risque. Cette empreinte au niveau des produits reflète généralement fidèlement la position de la technologie sur le marché.

- (88) Idéalement, cette empreinte serait calculée en excluant du marché de produits les produits fabriqués au moyen de technologies internes qui ne sont pas concédées sous licence, étant donné que ces technologies internes n'exercent qu'une contrainte indirecte sur la technologie concédée. Cependant, dans la mesure où il peut se révéler difficile dans la pratique pour le donneur et les preneurs de savoir si d'autres produits sur le même marché de produits sont fabriqués au moyen de technologies concédées sous licence ou de technologies internes, aux fins du règlement d'exemption par catégorie, le calcul de la part de marché correspondant à la technologie concernée se fonde sur la part des produits fabriqués au moyen de la technologie concédée dans la totalité des produits vendus sur ce marché de produits. Cette méthode reposant sur l'empreinte de la technologie sur le ou les marchés de produits dans leur ensemble devrait permettre de réduire la part de marché calculée en incluant les produits fabriqués au moyen de technologies internes, mais fournira néanmoins généralement une bonne indication 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 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, ce qui le rend moins concurrentiel et peut ainsi lui faire 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 du pouvoir de marché que possède le donneur sur le marché des technologies.
- (89) Pour estimer la puissance de la technologie, il convient aussi de tenir compte de la dimension géographique du marché de technologies. Celle-ci peut parfois différer de la dimension géographique du marché de produits correspondant situé en aval. Aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie, la dimension géographique du marché de technologies en cause est aussi déterminée par le ou les marchés de produits. Cependant, en dehors de la sphère de sécurité prévue par le règlement d'exemption par catégorie, il peut se révéler approprié d'envisager une zone géographique potentiellement plus vaste, dans laquelle le donneur et les preneurs pour des technologies concurrentes sont engagés dans la concession de licences pour ces technologies, où les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distinguée de zones voisines parce que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.
- (90) Dans le cas de nouvelles technologies n'ayant généré aucune vente au cours de l'année civile précédente, une part de marché égale à zéro est attribuée. Lorsque les ventes débiteront, la technologie commencera à accumuler des parts de marché. Si, par la suite, la part de marché franchit le seuil applicable de 20 % ou de 30 %, la sphère de sécurité 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 [voir l'article 8, point e), du règlement d'exemption par catégorie].

Calcul des parts de marché pour le(s) marché(s) de produits aux fins de l'application de la sphère de sécurité

- (91) En ce qui concerne les marchés en cause sur lesquels les produits contractuels sont vendus, la part de marché du preneur doit être calculée sur la base de ses ventes de produits comportant la technologie du donneur et de ses ventes de produits concurrents, c'est-à-dire sur la base du total des ventes 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 sur les marchés de produits, 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.
- (92) Les parts de marché devraient être calculées sur la base de la valeur des ventes de l'année précédente, lorsque ces données sont disponibles, car elles fournissent 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.
- (93) Les principes exposés à la section 3.3 des présentes lignes directrices 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 n'opère pas en tant que producteur de ce produit. 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 1, B a vendu des produits fabriqués à l'aide des technologies librement disponibles pour une valeur de 25 millions d'EUR. Au cours de l'année 2, A concède à B une licence de

production du Xeran. Cette même année, B vend pour 15 millions d'EUR de produits fabriqués à l'aide des technologies librement disponibles et pour 15 millions d'EUR de Xeran. Au cours de l'année 3 et des suivantes, B ne produit et ne vend que du Xeran pour une valeur annuelle de 40 millions d'EUR. En outre, au cours de l'année 2, 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'EUR pendant l'année 2 et de 15 millions d'EUR pendant l'année 3 et les suivantes. 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'EUR.

Pendant l'année 2, au cours de laquelle les accords de licence ont été conclus, 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 de Xeran réalisées l'année précédente. Au cours de l'année 3, A 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 2 qui précède. Pendant l'année 4 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 2, B détient sur le marché de produits une part de 12,5 %, qui reflète les ventes de 25 millions d'EUR réalisées par B dans l'année 1. Au cours de l'année 3, sa part de marché est de 15 %, puisque ses ventes sont passées à 30 millions d'EUR pendant l'année 2. Au cours de l'année 4 et des suivantes, la part de marché de B est de 20 %, puisque ses ventes représentent 40 millions d'EUR par an. La part de marché de C sur le marché de produits est de 0 % pendant les années 1 et 2, de 5 % pendant l'année 3 et de 7,5 % par la suite.

Puisque les accords de licence conclus entre A et B et entre A et C sont des accords entre non-concurrents et que les parts de marché individuelles de A, B et C sont inférieures à 30 % chaque année, chaque accord peut bénéficier de la sphère de sécurité du règlement d'exemption par catégorie.

#### *Exemple 2*

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

Dans ce cas, la part de marché de A sur les marchés de technologies en cause doit être calculée sur la base de la valeur des ventes de produits pour chacun des deux marchés de produits géographiques séparément. 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'EUR, soit la moitié de sa valeur dans l'exemple 1, la part de marché de A est de 0 % au cours de l'année 2, de 15 % au cours de l'année 3 et de 40 % par la suite. La part de marché de B est de 25 % au cours de l'année 2, de 30 % au cours de l'année 3 et de 40 % par la suite. Au cours des années 2 et 3, 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 4, ce qui signifie que, conformément à l'article 8, point e), du règlement d'exemption par catégorie, l'accord de licence entre A et B ne peut plus bénéficier de la sphère de sécurité prévue par ce règlement après l'année 6, mais 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 2, de 10 % au cours de l'année 3 et de 15 % par la suite. La part de C sur le marché de produits est la même: 0 % au cours de l'année 2, 10 % au cours de l'année 3 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 3*

Les entreprises A et B opèrent sur le même marché de produits en cause et sur le même marché géographique 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 1, A et B ne produisent qu'à partir de leur propre technologie et vendent respectivement pour 15 et 20 millions d'EUR du produit. À partir de l'année 2, elles utilisent toutes deux leur propre technologie ainsi que celle de l'autre. À partir de cette année, A vend pour 10 millions d'EUR du produit fabriqué avec sa propre technologie et pour 10 millions d'EUR du produit fabriqué avec la technologie de B. À partir de l'année 2, B vend pour 15 millions d'EUR du produit fabriqué avec sa propre technologie et pour 10 millions d'EUR du produit fabriqué avec la technologie de A. Il est établi que la valeur annuelle totale du marché du produit et de ses substituts s'élève à 100 millions d'EUR.

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 tant sur le marché de technologies que 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, tant par A que par B, à partir de la technologie de A. Au cours de l'année 2, 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'EUR pendant l'année 1. À partir de l'année 3, A détient sur le marché de technologies une part de 20 %, qui reflète la valeur de 20 millions d'EUR des ventes de produit fabriqué à partir de la technologie de A et produit et vendu par A et B (10 millions d'EUR chacune). De même, la part de B sur le marché de technologies est de 20 % au cours de l'année 2 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 2 et de 20 % par la suite. La part de B sur le marché de produits est de 20 % au cours de l'année 2 et de 25 % par la suite.

Puisque l'accord est conclu 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 d'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 2 et de 45 % par la suite. Cet accord entre concurrents devra donc être apprécié sur une base individuelle.

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

#### 3.4.1. Principes généraux

- (94) 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 de la Cour de justice et du Tribunal <sup>(54)</sup>, une telle restriction peut résulter de l'objectif manifeste de l'accord ou des circonstances propres à chaque affaire [voir le point (14) ci-dessus]. Des restrictions caractérisées peuvent, dans des cas exceptionnels, être objectivement nécessaires à un accord d'une nature ou d'un type particuliers <sup>(55)</sup> et, par conséquent, ne pas relever de l'article 53, paragraphe 1, de l'accord EEE. En outre, les entreprises peuvent toujours se défendre en faisant valoir des gains d'efficacité conformément à l'article 53, paragraphe 3, dans un cas individuel <sup>(56)</sup>.
- (95) Il découle de l'article 4, paragraphes 1 et 2, du règlement d'exemption par catégorie que, lorsqu'un accord de transfert de technologie contient une restriction caractérisée de la concurrence, l'accord dans son ensemble est exclu du champ d'application de l'exemption par catégorie. Aux fins du règlement d'exemption par catégorie, les restrictions caractérisées ne sont pas dissociables du reste de l'accord. En outre, l'Autorité considère que lorsqu'il y a appréciation individuelle, les restrictions caractérisées de la concurrence ont peu de chances de remplir les quatre conditions énoncées à l'article 53, paragraphe 3 [voir le point (18) ci-dessus].
- (96) L'article 4 du règlement d'exemption par catégorie opère une distinction entre accords entre concurrents et accords entre non-concurrents.

#### 3.4.2. Accords entre concurrents

- (97) L'article 4, paragraphe 1, du règlement d'exemption par catégorie énumère les restrictions caractérisées relatives aux accords de licence entre concurrents. Il dispose que 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:
- la restriction de la capacité d'une partie à l'accord de déterminer ses prix de vente à des tiers;
  - la limitation de la production, exception faite de la limitation de la production de produits contractuels imposée au preneur dans un accord non réciproque ou imposée à l'un des preneurs seulement dans un accord réciproque;

<sup>(54)</sup> Voir, par exemple, la jurisprudence citée à la note 18.

<sup>(55)</sup> Voir le point 18 des lignes directrices de l'Autorité concernant l'application de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, citées à la note 4.

<sup>(56)</sup> Voir l'arrêt du 14 juillet 1994 dans l'affaire T-17/93, Matra, Recueil 1994, p. II-595, point 85.

- c) la répartition des marchés ou des clients, exception faite de:
- i) l'obligation imposée au donneur et/ou au preneur de la licence, dans un accord non réciproque, de ne pas produire à partir des droits sur technologie concédés sur le territoire exclusif réservé à l'autre partie et/ou de ne pas vendre, à la fois activement et passivement ou uniquement activement sur le territoire exclusif ou à un groupe d'acheteurs exclusif réservé à l'autre partie;
  - ii) la restriction, dans un accord non réciproque, des ventes actives par le preneur de la licence sur le territoire exclusif ou au groupe d'acheteurs exclusif attribués par le donneur de la licence à un autre preneur, à condition que ce dernier n'ait pas été une entreprise concurrente du donneur au moment de la conclusion de son propre accord de licence;
  - iii) l'obligation imposée au preneur de la licence de ne produire les produits contractuels que pour son propre usage, à condition qu'il puisse vendre librement, activement et passivement, les produits contractuels en tant que pièces de rechange pour ses propres produits;
  - iv) l'obligation imposée au preneur de la licence dans un accord non réciproque de ne produire les produits contractuels que pour un acheteur déterminé, lorsque la licence a été concédée en vue de créer une source d'approvisionnement de substitution pour cet acheteur;
- d) la restriction de la capacité du preneur à exploiter ses propres droits sur technologie ou la restriction de la capacité de l'une 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.

#### Distinction entre accords réciproques et accords non réciproques entre concurrents

- (98) Pour un certain nombre de restrictions caractérisées, le règlement d'exemption par catégorie opère une distinction entre les accords réciproques et les accords non réciproques. La liste des restrictions caractérisées est plus stricte pour les accords réciproques que pour les accords non réciproques entre concurrents. Les accords réciproques sont des accords de licences croisées dans le cadre desquels les technologies concédées sont des technologies concurrentes ou peuvent être utilisées pour la production de produits concurrents. Un accord non réciproque est un accord par lequel seule une des parties concède sous licence ses droits sur technologie à l'autre partie ou dans le cadre duquel, dans le cas de licences croisées, les droits sur technologie concédés ne concernent pas des technologies concurrentes et ne peuvent pas être utilisés pour la production de produits concurrents. Un accord est non réciproque aux fins du règlement d'exemption par catégorie du simple fait qu'il contient une obligation de rétrocession ou que le preneur rétrocède sous licence ses propres améliorations de la technologie concédée. Lorsqu'un accord non réciproque devient ultérieurement réciproque en raison de la conclusion d'une seconde licence entre les mêmes parties, il se peut que celles-ci doivent revoir la première licence pour éviter que l'accord contienne une restriction caractérisée. Lors de l'appréciation individuelle, l'Autorité tiendra compte du délai écoulé entre la conclusion de la première et de la seconde licence.

#### Restrictions entre concurrents concernant les prix

- (99) La restriction caractérisée figurant à l'article 4, paragraphe 1, point a), du règlement d'exemption par catégorie concerne les accords entre concurrents qui ont pour objet la fixation des prix des produits vendus à des tiers, y compris des produits comportant la technologie concédée. La fixation des prix entre concurrents constitue une restriction de la concurrence de par son objet même. Elle peut se faire sous forme d'un accord direct sur les prix exacts à facturer ou sur un barème de prix avec certains rabais maximaux autorisés. Il est indifférent que l'accord porte sur des prix fixes, minimaux, maximaux ou recommandés. La fixation de prix 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. Une obligation imposée au preneur de payer une redevance minimale déterminée n'équivaut cependant pas en soi à une fixation de prix.
- (100) 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<sup>(57)</sup>. Des concurrents peuvent donc utiliser des accords de licences croisées prévoyant des redevances courantes réciproques pour coordonner et/ou augmenter les prix sur les marchés de produits en aval<sup>(58)</sup>. Toutefois, l'Autorité ne traitera un accord de licences

<sup>(57)</sup> Voir, à cet égard, le point 98 des lignes directrices concernant l'application de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, citées à la note 4.

<sup>(58)</sup> 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.

croisées prévoyant des redevances courantes réciproques comme un accord de fixation des prix que s'il n'a aucun objet proconcurrentiel et ne constitue donc pas un accord de licence de bonne foi. Un accord qui ne crée aucune valeur et est donc dénué de toute justification commerciale valable est un accord fictif équivalant à une entente.

- (101) La restriction caractérisée mentionnée à l'article 4, paragraphe 1, point a), du règlement d'exemption par catégorie couvre également les accords dans lesquels les redevances sont calculées sur la base de l'ensemble des ventes des produits en cause, 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), selon lequel la capacité du preneur à utiliser ses propres droits sur technologie ne doit pas être restreinte [voir le point (116) des présentes lignes directrices]. Ces accords restreignent généralement la concurrence, dans la mesure où ils augmentent, pour le preneur, le coût d'utilisation de ses propres droits sur technologie concurrents et où ils restreignent la concurrence qui existerait en l'absence de l'accord <sup>(59)</sup>. Cela vaut pour les accords tant réciproques que non réciproques.
- (102) 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 53, 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 si, en l'absence de la restriction concernée, il était 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.

#### Restrictions entre concurrents concernant la production

- (103) La restriction caractérisée figurant à l'article 4, paragraphe 1, point b), du règlement d'exemption par catégorie concerne l'imposition aux parties de restrictions réciproques de la production. Une restriction de la production est une limitation de la production et des ventes des parties. L'article 4, paragraphe 1, point b), ne s'applique pas aux limitations de la production imposées au preneur dans un accord non réciproque ni aux limitations de la production imposées à l'un des preneurs dans un accord réciproque, à condition que ces limitations ne portent que sur les produits dont la production se fait à l'aide de la technologie concédée. En vertu de cette disposition, les restrictions réciproques de la production imposées aux parties et les restrictions de la production imposées au donneur de la licence en ce qui concerne sa propre technologie constituent donc des restrictions caractérisées. Lorsque des concurrents s'accordent pour imposer des limitations réciproques de la production, l'accord a pour objet et pour effet probable de réduire la production sur le marché. Cela vaut également pour les accords limitant l'intérêt des parties à augmenter leur production, par exemple en appliquant des redevances courantes réciproques par unité augmentant à mesure que la production augmente ou en obligeant chaque partie à verser un dédommagement à l'autre partie si un certain niveau de production est dépassé.
- (104) Le traitement plus favorable des limitations quantitatives non réciproques repose sur la considération qu'une restriction unilatérale n'entraîne pas nécessairement une production plus faible sur le marché, et que le risque que l'accord ne soit pas un accord de licence de bonne foi est également moindre lorsque la restriction n'est pas réciproque. 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'efficacité favorisant l'intégration de la technologie plus perfectionnée du donneur et des actifs de production du preneur. De même, dans un accord réciproque, une restriction de la production imposée à l'un des preneurs seulement est susceptible de refléter la valeur supérieure de la technologie concédée par l'une des parties et peut servir à promouvoir une concession de licences favorable à la concurrence.

#### Répartition des marchés et des clients entre concurrents

- (105) La restriction caractérisée de la concurrence figurant à l'article 4, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie concerne la répartition des marchés et des clients. Les accords par lesquels des concurrents se partagent des marchés et des clients ont pour objet de restreindre la concurrence. Un accord en vertu duquel des concurrents s'accordent, dans un accord réciproque, pour ne pas produire sur certains territoires ou pour ne pas vendre de produits, à la fois activement et passivement ou uniquement activement, sur certains territoires ou à certains clients réservés à l'autre partie, est considéré comme une restriction caractérisée. Ainsi, à titre d'exemple, les accords de concession réciproque de licences entre concurrents sont considérés comme une répartition des marchés.
- (106) L'article 4, paragraphe 1, point c), s'applique indépendamment du fait que le preneur demeure ou non libre d'utiliser ses propres droits sur technologie. Une fois que le preneur s'est équipé pour utiliser la technologie du donneur en vue de fabriquer un produit déterminé, il peut être coûteux pour lui de maintenir une chaîne de production distincte utilisant une autre technologie pour répondre aux besoins de clients visés par les restrictions. En outre, compte tenu du potentiel anticoncurrentiel des restrictions, le preneur peut n'avoir que peu d'intérêt à produire en utilisant sa propre technologie. Il est également très peu probable que de telles restrictions soient indispensables pour que la concession de licences soit favorable à la concurrence.

<sup>(59)</sup> Voir, à cet égard, l'arrêt du 25 février 1986 dans l'affaire 193/83, *Windsurfing International*, Recueil 1986, p. 611, point 67.

- (107) En vertu de l'article 4, paragraphe 1, point c) i), il n'y a pas restriction caractérisée lorsque le donneur dans un accord non réciproque accorde au preneur une licence exclusive de production sur la base de la technologie concédée sur un territoire déterminé et accepte donc de ne pas produire lui-même les produits contractuels sur ce territoire ni de les fournir à partir de ce territoire. Ces licences exclusives font l'objet d'une exemption par catégorie indépendamment de la portée du territoire. Si la licence est mondiale, l'exclusivité implique que le donneur s'abstienne de pénétrer sur le marché ou d'y rester. L'exemption par catégorie s'applique également si, dans un accord non réciproque, le preneur n'est pas autorisé à produire sur un territoire exclusif réservé au donneur. L'objet de ces accords peut consister à inciter le donneur et/ou le preneur à investir dans la technologie concédée et à la développer. Il ne s'agit donc pas nécessairement de se répartir les marchés.
- (108) En vertu de l'article 4, paragraphe 1, point c) i), et pour la même raison, l'exemption par catégorie s'applique également aux accords non réciproques par lesquels les parties conviennent de ne pas vendre leurs produits activement ou passivement sur un territoire exclusif ou à un groupe d'acheteurs exclusif réservés à l'autre partie. Aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie, l'Autorité interprète la notion de ventes «actives» et «passives» selon la définition qui en est donnée dans les lignes directrices sur les restrictions verticales<sup>(60)</sup>. Les restrictions imposées au preneur ou au donneur en ce qui concerne la possibilité de vendre activement et/ou passivement sur le territoire de l'autre partie ou au groupe de clients de l'autre partie ne bénéficient d'une exemption par catégorie que si ce territoire ou ce groupe de clients est réservé exclusivement à cette autre partie. Cependant, dans certaines circonstances spécifiques, les accords contenant de telles restrictions des ventes peuvent, à titre individuel, également satisfaire aux conditions énoncées à l'article 53, paragraphe 3, si l'exclusivité est partagée de façon ponctuelle, par exemple lorsque cela se révèle nécessaire pour remédier à une pénurie de production temporaire du donneur ou du preneur auquel le territoire ou le groupe de clients est réservé. Dans de tels cas, le donneur ou le preneur reste vraisemblablement suffisamment protégé contre les ventes actives et/ou passives pour avoir intérêt à concéder sa technologie sous licence ou à s'investir dans l'exploitation de la technologie concédée. De telles restrictions, même si elles limitent la concurrence, peuvent néanmoins être proconcurrentielles dans la mesure où elles favorisent la diffusion de cette technologie et son intégration dans les actifs de production du preneur.
- (109) Il en découle, de manière implicite, que le fait que le donneur de licence désigne le preneur comme étant son unique preneur sur un territoire déterminé, ce qui implique qu'aucune licence ne sera accordée à des tiers pour la production sur la base de la technologie du donneur sur le territoire en question, ne constitue pas non plus une restriction caractérisée. Dans le cas de ces licences uniques, l'exemption par catégorie s'applique que l'accord soit ou non réciproque, étant donné que cet accord n'affecte pas la capacité des parties à exploiter pleinement leurs propres droits sur technologie sur leurs territoires respectifs.
- (110) L'article 4, paragraphe 1, point c) ii), exclut de la liste des restrictions caractérisées les restrictions, dans un accord non réciproque, des ventes actives par un preneur sur le territoire ou à un groupe d'acheteurs attribués par le donneur à un autre preneur, qui bénéficient donc d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché. Cela présuppose toutefois que le preneur protégé n'ait pas été un concurrent du donneur au moment de la conclusion de l'accord. Il n'est pas justifié, dans cette situation, de traiter de telles restrictions comme des restrictions caractérisées. Le donneur étant autorisé à accorder à un preneur qui n'était pas déjà présent sur le marché une protection contre les ventes actives des preneurs qui sont des concurrents du donneur et étaient dès lors déjà établis sur le marché, de telles restrictions sont susceptibles d'inciter le preneur à exploiter la technologie concédée plus efficacement. Par contre, si les preneurs conviennent de ne pas vendre leurs produits activement ou passivement sur certains territoires ou à certains groupes d'acheteurs, l'accord équivaldrait à une entente entre les preneurs. N'impliquant aucun transfert de technologie, un tel accord n'entrerait en outre pas dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie.
- (111) L'article 4, paragraphe 1, point c) iii), énonce une autre exception à la restriction caractérisée visée à l'article 4, paragraphe 1, point c), en l'occurrence l'usage captif, c'est-à-dire des obligations en vertu desquelles le preneur ne peut produire les produits comportant la technologie concédée que pour son propre usage. Lorsque le produit contractuel est un composant, le preneur peut ainsi être contraint de ne produire ce composant que pour l'intégrer dans ses propres produits et de ne pas le vendre à d'autres producteurs. Toutefois, le preneur doit pouvoir vendre les composants comme 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 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 examiné à la section 4.2.5.

<sup>(60)</sup> Voir note 44, point 51.

- (112) Enfin, l'article 4, paragraphe 1, point c) iv), exclut de la liste des restrictions caractérisées une obligation imposée au preneur dans un accord non réciproque de ne produire les produits contractuels que pour un acheteur déterminé en vue de créer une source d'approvisionnement de substitution pour cet acheteur. L'application de l'article 4, paragraphe 1, point c) iv), requiert donc que la licence se limite à créer une source d'approvisionnement de substitution pour cet acheteur déterminé. Il n'est cependant pas nécessaire qu'une seule licence de ce type soit accordée. L'article 4, paragraphe 1, point c) iv), couvre également les situations dans lesquelles des licences sont accordées à plusieurs entreprises en vue de l'approvisionnement du même acheteur déterminé. Cette disposition s'applique quelle que soit la durée de l'accord de licence. À titre d'exemple, une licence ponctuelle destinée à satisfaire aux exigences d'un projet d'un client particulier est couverte par cette exception. Lorsque la licence est accordée uniquement en vue de l'approvisionnement d'un acheteur déterminé, de tels accords ont un potentiel de répartition des marchés limité. Dans de telles conditions, on ne saurait présumer, en particulier, que l'accord incitera le preneur à cesser l'exploitation de sa propre technologie.
- (113) Les restrictions prévues dans des accords entre concurrents qui limitent la licence à un ou plusieurs marchés de produits ou domaines techniques d'utilisation <sup>(61)</sup> ne sont pas des restrictions caractérisées. Elles bénéficient d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 20 % indépendamment de l'éventuelle réciprocité de l'accord. Elles ne sont pas considérées comme ayant pour objet la répartition des marchés ou des clients. L'exemption par catégorie ne s'applique cependant que si les limitations du domaine d'utilisation ne sortent pas du cadre des technologies concédées. Par exemple, lorsque les preneurs sont également limités dans les domaines techniques où ils peuvent utiliser leurs propres droits sur technologie, l'accord équivaut à une répartition du marché.
- (114) L'exemption par catégorie s'applique indépendamment du caractère symétrique ou asymétrique de la limitation du domaine d'utilisation. Une limitation asymétrique du domaine d'utilisation dans un accord de licence réciproque implique que les deux parties ne soient autorisées à utiliser les technologies concédées respectives qu'à l'intérieur de domaines d'utilisation différents. Tant que les parties ne sont pas limitées dans l'utilisation de leurs propres technologies, on ne saurait présumer que l'accord les conduit à renoncer ou à s'abstenir de pénétrer dans le ou les domaines couverts par la licence accordée à l'autre partie. Même si les preneurs s'équipent en vue d'utiliser la technologie obtenue dans le domaine d'utilisation concédé, cela peut n'avoir aucune incidence sur les actifs utilisés pour produire en dehors du cadre de la licence. Il importe à cet égard que la restriction porte sur des marchés de produits, un ou des secteurs industriels ou des domaines d'utilisation distincts et non sur des acheteurs, attribués par territoire ou par groupe, de produits relevant du même marché de produits ou du même domaine technique d'utilisation. Le risque de répartition du marché est considéré comme nettement plus élevé dans ce dernier cas [voir le point (106) ci-dessus]. En outre, des limitations du domaine d'utilisation peuvent être nécessaires pour promouvoir une concession de licences favorable à la concurrence [voir le point (212) ci-dessous].

#### Restrictions concernant la capacité des parties à effectuer de la recherche-développement

- (115) La restriction caractérisée de la concurrence figurant à l'article 4, paragraphe 1, point d), couvre tout d'abord les restrictions de la capacité de l'une ou l'autre 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 que la restriction concerne un domaine couvert par la licence ou d'autres domaines. Toutefois, le simple fait que les parties conviennent de se communiquer mutuellement les améliorations futures de leurs technologies respectives n'équivaut pas à une restriction des activités indépendantes de recherche-développement. L'incidence de tels accords sur la concurrence doit être appréciée en fonction des circonstances propres à chaque cas. L'article 4, paragraphe 1, point d), ne s'étend pas non plus 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. Pour être couvertes par l'exception, les restrictions imposées pour protéger le savoir-faire du donneur contre la divulgation doivent être indispensables à cette protection et proportionnées. Par exemple, lorsque l'accord désigne des membres déterminés du personnel du preneur qui seront formés à l'utilisation du savoir-faire concédé et en seront responsables, il peut être suffisant d'imposer au preneur de ne pas autoriser ces membres du personnel à participer à des travaux de recherche-développement avec des tiers. D'autres mesures de sécurité peuvent également être utiles.

#### Restrictions concernant l'utilisation par le preneur de sa propre technologie

- (116) Conformément à l'article 4, paragraphe 1, point d), le preneur doit également pouvoir utiliser librement ses propres droits sur technologie concurrents, à condition qu'il n'utilise pas, ce faisant, les droits sur technologie concédés par le donneur. En ce qui concerne ses propres droits sur technologie, il ne doit être soumis à aucune limitation quant à l'endroit où il produit ou vend, aux domaines techniques d'utilisation ou aux marchés de

<sup>(61)</sup> Les limitations du domaine d'utilisation sont examinées plus en détail aux points (208) et suivants.

produits sur lesquels il produit, 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 à partir de ses propres droits sur technologie [voir le point (101) ci-dessus]. En outre, il doit pouvoir concéder librement ses propres droits sur technologie à des tiers. Lorsque des restrictions sont imposées au preneur en ce qui concerne l'utilisation de ses propres droits sur technologie ou son droit 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. L'article 4, paragraphe 1, point d), ne concerne pas les restrictions à l'utilisation par le preneur de technologies de tiers qui concurrencent la technologie concédée. Bien que de telles obligations de non-concurrence puissent avoir des effets de verrouillage au détriment des technologies de tiers (voir la section 4.2.7), elles n'ont généralement pas pour effet de décourager les preneurs d'investir dans le développement et l'amélioration de leurs propres technologies.

### 3.4.3. Accords entre non-concurrents

(117) L'article 4, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie énumère les restrictions caractérisées relatives aux accords de licence entre non-concurrents. Il dispose que le règlement ne concerne pas les accords qui, directement ou indirectement, individuellement ou combinés avec d'autres facteurs contrôlés par les parties, ont pour objet l'une ou l'autre forme de restriction suivante:

- a) la restriction de la capacité d'une partie de 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 elle;
- b) des restrictions concernant le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, le preneur peut vendre passivement les produits contractuels, exception faite de:
  - i) la restriction des ventes passives sur un territoire exclusif ou à un groupe d'acheteurs exclusifs qui est réservé au donneur;
  - ii) l'obligation de ne produire les produits contractuels que pour son propre usage, à condition que le preneur puisse vendre librement, activement et passivement, les produits contractuels en tant que pièces de rechange pour ses propres produits;
  - iii) l'obligation de ne produire les produits contractuels que pour un acheteur déterminé, lorsque la licence a été concédée en vue de créer une source d'approvisionnement de substitution pour cet acheteur;
  - 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.

### Fixation des prix

(118) 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 les marges, fixant le niveau maximal des rabais ou liant le prix de vente aux prix de vente 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 avec des mesures destinées à décourager le preneur de diminuer son prix de vente, le donneur obligeant par exemple le preneur à appliquer la clause du client le plus favorisé, c'est-à-dire l'obligation d'accorder à un client les conditions plus favorables accordées à tout autre client. Les mêmes moyens peuvent être utilisés pour faire d'un prix maximal ou recommandé l'équivalent d'un prix de vente fixe ou minimal. Toutefois, la communication par le donneur au preneur d'une liste de prix recommandés ou l'imposition d'un prix maximal n'est pas considérée en soi comme conduisant à des prix de vente fixes ou minimaux.

#### Restrictions des ventes passives du preneur de licence

- (119) Selon l'article 4, paragraphe 2, point b), les accords ou pratiques concertées qui ont pour objet direct ou indirect de restreindre les ventes passives <sup>(62)</sup>, par les preneurs, de produits comportant la technologie concédée, sont des restrictions caractérisées de la concurrence <sup>(63)</sup>. Les restrictions des ventes passives imposées au preneur peuvent 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 réaliser 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. Les limitations quantitatives peuvent constituer un moyen indirect de restreindre les ventes passives. L'Autorité ne partira pas du principe qu'elles ont en soi un tel objectif. Il en ira cependant 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 limitations quantitatives associées à l'obligation de vendre des quantités minimales sur le territoire, ainsi que des obligations de redevances minimales liées aux ventes réalisées sur le territoire, 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. Cette restriction caractérisée générale concernant les ventes passives effectuées par les preneurs fait l'objet d'un certain nombre d'exceptions, qui sont examinées aux points (120) à (125).
- (120) Exception 1: l'article 4, paragraphe 2, point b), ne couvre pas les restrictions des ventes (tant actives que passives) imposées au donneur. Toutes les restrictions des ventes imposées au donneur bénéficient donc d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 30 %. Il en va de même pour toutes les restrictions des ventes actives réalisées par le preneur, sous réserve des observations relatives aux ventes actives figurant au point (125). L'exemption par catégorie des restrictions concernant les ventes actives repose sur l'hypothèse que ces restrictions favorisent les investissements et la concurrence autre que la concurrence par les prix et améliorent la qualité des services fournis par les preneurs en résolvant les problèmes de parasitisme et de renonciation à certains investissements. Dans le cas de restrictions des ventes actives entre les territoires ou les groupes d'acheteurs des preneurs, il n'est pas nécessaire que le preneur protégé se soit vu concéder un territoire exclusif ou un groupe d'acheteurs exclusif. L'exemption par catégorie s'applique également aux restrictions des ventes actives lorsque plus d'un preneur a été désigné pour un territoire ou un groupe d'acheteurs déterminé. Des investissements engendrant des gains d'efficacité sont susceptibles d'être encouragés lorsqu'un preneur peut être certain de n'avoir à affronter que la concurrence des ventes actives d'un nombre limité de preneurs à l'intérieur du territoire et non celle de preneurs à l'extérieur du territoire.
- (121) Exception 2: les restrictions imposées aux ventes actives et passives par les preneurs sur un territoire exclusif ou à un groupe de clients exclusif réservés au donneur ne constituent pas une restriction caractérisée de la concurrence [voir l'article 4, paragraphe 2, point b) 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 proconcurrentielles dans la mesure où elles favorisent la diffusion des technologies et l'intégration de celles-ci aux actifs de production du preneur. Pour qu'un territoire ou un groupe de clients soient réservés au donneur, il n'est pas nécessaire que celui-ci produise effectivement à l'aide de la technologie concédée sur le territoire ou pour le groupe d'acheteurs en question. Le donneur peut également se réserver un territoire ou un groupe d'acheteurs en vue d'une exploitation ultérieure.

<sup>(62)</sup> Pour une définition des ventes passives, voir le point (108) des présentes lignes directrices et le point 51 des lignes directrices de l'Autorité sur les restrictions verticales, citées à la note 44.

<sup>(63)</sup> Cette restriction caractérisée s'applique aux accords de transfert de technologies concernant les échanges au sein de l'EEE. Pour ce qui est des accords de transfert de technologie qui concernent les exportations vers un pays tiers ou des (ré)importations dans l'EEE, voir l'arrêt de la Cour de justice du 28 avril 1998 dans l'affaire C-306/96, *Javico/Yves Saint Laurent*, Recueil 1998, p. I-1983. Dans cet arrêt, la Cour a jugé, au point 20, qu'«un accord comportant l'engagement pris par le revendeur à l'égard du producteur de destiner la commercialisation des produits contractuels à un marché situé à l'extérieur de la Communauté ne saurait être considéré comme ayant pour objet de restreindre de manière sensible la concurrence à l'intérieur du marché commun et comme étant susceptible d'affecter en tant que tel le commerce entre les États membres».

- (122) Exception 3: l'article 4, paragraphe 2, point b) ii), 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 dans ses propres produits et il peut se voir interdire de vendre le produit à d'autres producteurs. Toutefois, le preneur doit pouvoir vendre activement et passivement les produits comme 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 liées à l'usage captif sont également examinées à la section 4.2.5.
- (123) Exception 4: comme dans le cas des accords entre concurrents [voir le point (112) ci-dessus], l'exemption par catégorie s'applique également aux accords en vertu desquels le preneur de licence est obligé de ne produire les produits contractuels que pour un acheteur déterminé afin de lui fournir une source d'approvisionnement de substitution, quelle que soit la durée de l'accord de licence [voir l'article 4, paragraphe 2, point b) iii)]. Dans le cas d'accords entre non-concurrents, ces restrictions ont peu de chances d'être couvertes par l'article 53, paragraphe 1.
- (124) Exception 5: l'article 4, paragraphe 2, point b) iv), permet d'exempter l'obligation faite au preneur, s'il opère en tant que grossiste sur le marché, 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 53, paragraphe 1 <sup>(64)</sup>.
- (125) Exception 6: enfin, l'article 4, paragraphe 2, point b) 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'obliger le preneur à n'exercer qu'une fonction de grossiste, comme le prévoit l'article 4, paragraphe 2, point b) iv) [voir le point (124) ci-dessus]. Sur le territoire où le donneur exploite un système de distribution sélective, ce système ne peut être cumulé avec des territoires exclusifs ou des groupes de clients exclusifs lorsque cela conduirait à une restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals, car ce cumul entraînerait une restriction caractérisée au sens de l'article 4, paragraphe 2, point c), sans préjudice de la possibilité d'interdire à un preneur d'exercer ses activités à partir d'un lieu d'établissement non agréé.
- (126) Les restrictions imposées sur les ventes passives réalisées par les preneurs sur un territoire ou un groupe de clients exclusif attribué à un autre preneur, bien qu'elles constituent normalement des restrictions caractérisées, peuvent ne pas relever de l'article 53, paragraphe 1, pour une certaine durée si les restrictions sont objectivement nécessaires pour que le preneur protégé pénètre un nouveau marché. Tel peut être le cas lorsque les preneurs doivent consentir des investissements substantiels dans des actifs de production et dans des actions de promotion pour démarrer et développer un nouveau marché. Les risques auxquels le nouveau preneur sera confronté peuvent donc être 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 que lorsque le preneur quitte ce champ d'activité particulier, il ne peut utiliser l'investissement pour d'autres activités ni le vendre sans subir une perte importante. Le preneur peut, par exemple, être le premier à produire et vendre un nouveau type de produit ou le premier à appliquer une nouvelle technologie. Dans de telles circonstances, les preneurs renonceraient fréquemment à l'accord de licence s'ils n'étaient pas en mesure d'obtenir, pendant un certain temps, une protection contre les ventes (actives et) passives des autres preneurs sur leur territoire ou auprès de leurs groupes de clients. Lorsque le preneur doit réaliser des investissements importants pour démarrer et développer un nouveau marché, les restrictions imposées aux ventes passives réalisées par d'autres preneurs sur ce territoire ou auprès de ce groupe de clients ne relèvent généralement pas de l'article 53, paragraphe 1, pendant la période nécessaire pour que le preneur rentabilise ces investissements. Dans la plupart des cas, une période maximale de deux ans à compter de la date à laquelle le preneur en question a, pour la première fois, commercialisé le produit contractuel ou l'a vendu à son groupe de clients exclusif serait considérée comme suffisante pour que le preneur rentabilise les investissements qu'il a effectués. Toutefois, dans un cas particulier, une période plus longue de protection pour le preneur pourrait être nécessaire pour que ce dernier rentabilise les coûts supportés.
- (127) De même, une interdiction de vendre à certaines catégories d'utilisateurs finals faite à tous les preneurs peut ne pas être restrictive de la concurrence si une telle restriction est objectivement nécessaire pour des raisons de sécurité ou de santé liées à la dangerosité du produit en question.

<sup>(64)</sup> Voir, à cet égard, l'arrêt du 25 octobre 1977 dans l'affaire 26/76, Metro (I), Recueil 1977, p. 1875.

### 3.5. Restrictions exclues

- (128) L'article 5 du règlement d'exemption par catégorie énumère trois types de restrictions qui ne peuvent pas bénéficier d'une exemption par catégorie et qui nécessitent donc une appréciation individuelle de leurs effets anticoncurrentiels et proconcurrentiels. Cet article a pour objet d'éviter d'accorder le bénéfice de l'exemption par catégorie à des accords susceptibles de limiter l'incitation à innover. Il ressort de l'article 5 que l'inclusion dans un accord de licence de l'une ou l'autre des restrictions figurant dans cette disposition n'empêche pas l'application du règlement au reste de l'accord, si celui-ci est dissociable de la ou des restrictions exclues. Seule la restriction concernée n'est pas couverte par l'exemption par catégorie et doit donc être appréciée individuellement.

#### Rétrocessions exclusives

- (129) L'article 5, paragraphe 1, point a), du règlement d'exemption par catégorie concerne les rétrocessions exclusives (c'est-à-dire la rétrocession au donneur d'une licence exclusive sur les améliorations apportées par le preneur) ou les cessions au donneur des améliorations apportées à la technologie concédée. L'obligation de concéder au donneur une licence exclusive pour les améliorations apportées à la technologie concédée ou de lui céder ces améliorations est susceptible de réduire l'incitation du preneur à innover, étant donné qu'il ne pourra pas exploiter les améliorations qu'il aura apportées, pas même en les concédant sous licence à des tiers. Une rétrocession exclusive est définie comme une rétrocession qui empêche le preneur (qui est l'innovateur et le donneur de la licence sur l'amélioration en l'espèce) d'exploiter l'amélioration (soit pour sa propre production soit en vue de la concession de licences 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, point a), de telles obligations ne sont pas couvertes par l'exemption par catégorie.
- (130) L'application de l'article 5, paragraphe 1, point a), ne dépend pas du paiement éventuel, par le donneur, d'une contrepartie pour l'acquisition de l'amélioration ou l'obtention d'une licence exclusive. Toutefois, l'existence et le niveau d'une telle contrepartie peuvent être pertinents dans le cadre d'une appréciation individuelle en vertu de l'article 53. Lorsque les rétrocessions sont accordées moyennant rémunération, l'obligation aura moins de chances de supprimer toute incitation à l'innovation pour le preneur. Lors de l'appréciation de rétrocessions exclusives 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 exclusive 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 fait que le preneur puisse devenir une source majeure d'innovation et de concurrence future est important. Les effets négatifs 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 exclusives 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 exclusive.
- (131) Les obligations de rétrocessions non exclusives relèvent de la sphère de sécurité du règlement d'exemption par catégorie, même lorsqu'elles sont non réciproques, c'est-à-dire qu'elles ne sont imposées 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 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, en particulier lorsque 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.
- (132) Les obligations de rétrocession non exclusives sont notamment susceptibles d'avoir une incidence négative sur l'innovation dans le cas de licences croisées entre concurrents où une obligation de rétrocession imposée aux deux parties est associée à une obligation, pour les deux parties, de partager avec l'autre partie les améliorations apportées à leurs technologies respectives. Le partage de l'ensemble des améliorations entre des concurrents peut empêcher chaque concurrent d'acquérir de l'avance par rapport à l'autre [voir également le point (241) ci-dessous]. Il est cependant peu probable que les parties ne puissent pas acquérir de l'avance les unes par rapport aux autres lorsque la licence a pour objet de leur permettre de développer leurs technologies respectives et qu'elle ne les conduit pas à utiliser la même base technologique pour concevoir leurs produits. C'est le cas lorsque la licence vise à créer une liberté de conception plutôt qu'à améliorer la base technologique du preneur.

## Clauses de non-contestation et de résiliation

- (133) La restriction exclue mentionnée à l'article 5, paragraphe 1, point b), du règlement d'exemption par catégorie concerne les clauses de non-contestation, c'est-à-dire l'obligation directe ou indirecte de ne pas mettre en cause la validité des droits de propriété intellectuelle détenus par le donneur, sans préjudice de la possibilité offerte au donneur, dans le cas d'une licence exclusive, de résilier l'accord de transfert de technologie si le preneur met en cause la validité de l'un des droits sur technologie concédés, quel qu'il soit.
- (134) La raison pour laquelle ces clauses 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 53, paragraphe 1, 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 ne peuvent le faire que moyennant le versement de redevances. Dans ce cas, il est peu probable que les conditions prévues à l'article 53, paragraphe 3, soient remplies. Toutefois, si la technologie concédée est liée à un processus techniquement obsolète que le preneur n'utilise pas, ou si la licence est accordée à titre gratuit, il n'y a aucune restriction de concurrence <sup>(65)</sup>. En ce qui concerne les clauses de non-contestation dans le cadre d'accords de règlement, voir les points (242) et (243) ci-dessous.
- (135) En règle générale, une clause obligeant le preneur à ne pas contester la propriété des droits sur technologie ne constitue pas une restriction de la concurrence au sens de l'article 53, paragraphe 1. Que le donneur soit ou non propriétaire des droits sur la technologie, l'utilisation de cette dernière par le preneur et toute autre partie dépend de l'obtention d'une licence en tout état de cause et la concurrence ne serait donc généralement pas affectée <sup>(66)</sup>.
- (136) L'article 5, paragraphe 1, point b), du règlement d'exemption par catégorie exclut également de la sphère de sécurité de l'exemption par catégorie le droit pour le donneur, dans le contexte des licences non exclusives, de résilier l'accord si le preneur conteste la validité des droits de propriété intellectuelle que le donneur détient dans l'EEE. Un tel droit de résiliation peut avoir le même effet qu'une clause de non-contestation, notamment lorsque l'abandon de la technologie du donneur se traduirait par une perte significative pour le preneur (par exemple lorsque celui-ci a déjà investi dans des machines ou des outils spécifiques qui ne peuvent être utilisés pour produire à partir d'une autre technologie) ou lorsque la technologie du donneur est un facteur nécessaire pour la production du preneur. Par exemple, dans le cadre des brevets essentiels liés à une norme, le preneur qui fabrique un produit conforme à la norme devra nécessairement utiliser l'ensemble des brevets reposant sur celle-ci. En pareil cas, une mise en cause de la validité des brevets concernés peut se traduire par une perte significative si l'accord de transfert de technologie est résilié. Lorsque la technologie du donneur n'est pas une technologie essentielle liée à une norme, mais occupe une position très solide sur le marché, l'incitation à ne pas contester peut également être importante étant donné la difficulté qu'éprouverait le preneur de licence à trouver une technologie de substitution valable à prendre sous licence. La question de savoir si les pertes de bénéfices subies par le preneur seraient significatives et, partant, inciteraient fortement à ne pas contester, devrait être examinée au cas par cas.
- (137) Dans les scénarios décrits au point (136), le preneur pourrait être dissuadé de contester la validité du droit de propriété intellectuelle au cas où il risquerait de mettre fin à l'accord de licence et de courir ainsi des risques importants dépassant largement ses obligations de versement de redevances. Toutefois, il convient également de noter qu'en dehors du cadre de ces scénarios, une clause de résiliation constituera rarement une incitation suffisante à contester et, par conséquent, ne produira pas le même effet qu'une clause de non-contestation.
- (138) L'intérêt public à inciter davantage le donneur à concéder des licences en ne l'obligeant pas à continuer à traiter avec un preneur qui conteste la matière même de l'accord de licence doit être mis en balance avec l'intérêt public que représente la suppression de tout obstacle à l'activité économique qui peut survenir lorsqu'un droit de propriété intellectuelle a été accordé par erreur <sup>(67)</sup>. Lors de la mise en balance de ces intérêts, il convient de vérifier si le preneur remplit toutes les obligations prévues par l'accord durant la période de la contestation, en particulier l'obligation de verser les redevances convenues.
- (139) Dans le cas des licences exclusives, les clauses de résiliation sont dans l'ensemble moins susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels. Une fois la licence accordée, le donneur peut se trouver dans une situation de dépendance particulière, dès lors que le preneur sera sa seule source de revenus en ce qui concerne les droits sur technologie concédés si les redevances sont fixées en fonction de la production à partir desdits droits, ce qui peut

<sup>(65)</sup> Voir, à cet égard, l'arrêt du 6 octobre 1982 dans l'affaire 65/86, Bayer/Süllhofer, Recueil 1988, p. 5249.

<sup>(66)</sup> En ce qui concerne la contestation de la propriété d'une marque, voir la décision de la Commission dans l'affaire Moosehead/Whitbread (JO L 100 du 20.4.1990, p. 32).

<sup>(67)</sup> Arrêt du 25 février 1986 dans l'affaire 193/83, Windsurfing International, Recueil 1986, p. 611, point 92.

souvent être un moyen efficace de structurer le paiement des redevances. Dans ce scénario, les incitations à l'innovation et à l'octroi de licences pourraient être compromises si, par exemple, le donneur de licence était prisonnier d'un accord avec le preneur d'une licence exclusive qui ne fait plus d'efforts notables pour développer, produire et commercialiser le produit (qui doit être) fabriqué à partir des droits sur technologie concédés <sup>(68)</sup>. C'est la raison pour laquelle le règlement d'exemption par catégorie exempte les clauses de résiliation pour les accords de licence exclusive tant que les autres conditions de la sphère de sécurité, telles que le respect du seuil de part de marché, sont remplies. En dehors de la sphère de sécurité, une appréciation au cas par cas doit être effectuée en tenant compte des différents intérêts décrits au point (138) ci-dessus.

- (140) Qui plus est, l'Autorité est davantage favorable aux clauses de non-contestation et de résiliation relatives au savoir-faire s'il est probable que le savoir-faire concédé sera impossible ou très difficile à récupérer une fois qu'il aura été divulgué. Dans de tels cas, une obligation imposée au preneur de ne pas contester le savoir-faire concédé favorise la diffusion de nouvelles technologies, notamment en permettant à des donneurs plus faibles de concéder des licences à des preneurs plus puissants sans craindre une contestation après l'absorption du savoir-faire par le preneur. Par conséquent, les clauses de non-contestation et de résiliation ne portant que sur le savoir-faire ne sont pas exclues du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie.

Limitation de la capacité du preneur d'exploiter ou de développer sa propre technologie (accords entre non-concurrents)

- (141) S'agissant des accords entre non-concurrents, l'article 5, paragraphe 2, exclut du champ d'application de l'exemption par catégorie les obligations directes et indirectes limitant la capacité du preneur à exploiter ses propres droits sur 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, point d), sur la liste des restrictions caractérisées concernant les accords entre concurrents, qui est traitée aux points (115) et (116) des présentes lignes directrices. Toutefois, dans le cas des accords entre non-concurrents, on ne peut pas considérer que de telles restrictions auront généralement des effets négatifs sur la concurrence ou que les conditions énoncées à l'article 53, paragraphe 3, ne sont généralement pas remplies <sup>(69)</sup>. Ces accords doivent donc faire l'objet d'une appréciation individuelle.
- (142) 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 situé en aval <sup>(70)</sup>. 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 concernant l'utilisation par le preneur de ses propres droits sur technologie ou la recherche-développement sont normalement considérées comme restreignant la concurrence et ne satisfaisant pas aux conditions énoncées à l'article 53, paragraphe 3. Par exemple, l'obligation imposée au preneur de verser des redevances non seulement sur la base des produits qu'il produit à l'aide de la technologie concédée, mais aussi sur la base de ceux qu'il ne produit qu'à partir de sa propre technologie, limitera généralement sa capacité à exploiter sa propre technologie et sera donc exclue du champ d'application de l'exemption par catégorie.
- (143) 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 prévues à l'article 53, 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 53, paragraphe 1, parce qu'elles n'ont pas d'effets restrictifs sensibles, soit de remplir les conditions énoncées à l'article 53, paragraphe 3. Ces restrictions peuvent favoriser la

<sup>(68)</sup> Dans le cadre d'un accord qui n'est pas techniquement un accord exclusif, et lorsqu'une clause de résiliation n'entre donc pas dans la sphère de sécurité du règlement d'exemption par catégorie, le donneur de licence peut, dans un cas particulier, se trouver dans une situation de dépendance semblable par rapport à un preneur possédant une puissance d'achat considérable. Cette dépendance sera prise en compte dans l'appréciation au cas par cas.

<sup>(69)</sup> Voir le point (14) ci-dessus.

<sup>(70)</sup> Voir le point (36) ci-dessus.

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. En outre, l'article 53, paragraphe 1, ne s'applique que lorsque l'accord décourage le preneur d'améliorer et d'exploiter sa propre technologie. Il y a, par exemple, peu de chances que ce soit le cas lorsque le donneur est en droit de résilier l'accord de licence dès que le preneur commence à produire sur la base de sa propre technologie concurrente. Un tel droit ne décourage pas le preneur d'innover puisque l'accord ne peut être résilié que lorsqu'une technologie commercialement viable a été mise au point et que les produits fabriqués à partir de cette technologie sont prêts à être commercialisés.

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

#### 3.6.1. Procédure de retrait de l'exemption

- (144) En vertu de l'article 6 du règlement d'exemption par catégorie, l'Autorité et les autorités de concurrence des États de l'AELE peuvent retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie pour les accords individuels qui sont susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels (il y a lieu de tenir compte tant des effets réels que des effets potentiels) et ne remplissent pas les conditions prévues à l'article 53, paragraphe 3. Les autorités de concurrence des États de l'AELE 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 de l'AELE en question.
- (145) Les quatre conditions énoncées à l'article 53, paragraphe 3, sont cumulatives et doivent toutes être remplies pour que l'exemption soit applicable <sup>(71)</sup>. L'exemption par catégorie peut donc être retirée dès lors qu'un accord donné ne remplit pas une ou plusieurs de ces quatre conditions.
- (146) 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 53, paragraphe 1, et qu'il ne remplit pas l'ensemble des quatre conditions énoncées à l'article 53, paragraphe 3. Compte tenu du fait que le retrait implique que l'accord en cause restreint la concurrence au sens de l'article 53, paragraphe 1, et ne remplit pas les conditions énoncées à l'article 53, paragraphe 3, le retrait est nécessairement accompagné d'une décision négative fondée sur les articles 5, 7 ou 9 du chapitre II du protocole 4.
- (147) Conformément à l'article 6 du règlement d'exemption par catégorie, un retrait peut notamment se justifier dans les cas suivants:
- 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 ou parce que le seul propriétaire de technologie prêt à concéder sous licence les droits sur technologie pertinents conclut une licence exclusive avec un preneur qui est déjà actif sur le marché de produits sur la base de droits sur technologie substituables. Afin de pouvoir être considérés comme pertinents, les droits sur technologie doivent être substituables tant techniquement que commercialement pour que le preneur soit actif sur le marché de produits en cause.
- (148) 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 restrictions 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 la liste des restrictions exclues ne tiennent pas compte de tous les effets possibles des accords de licence. 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 licence interdisant aux preneurs d'exploiter des technologies concurrentes, ce qui aboutit à l'exclusion d'autres donneurs (potentiels). Il y a risque d'exclusion de donneurs 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 interdisant aux donneurs de

<sup>(71)</sup> Voir, à cet égard, le point 42 des lignes directrices de l'Autorité concernant l'application de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, citées à la note 4.

concéder des 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 aux sections 4.2.2 et 4.2.7. En outre, l'Autorité est susceptible de retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie lorsque, dans des accords individuels, un nombre important de donneurs de technologies concurrentes imposent à leurs preneurs de leur étendre les conditions plus favorables convenues avec d'autres donneurs.

### 3.6.2. Non-application du règlement d'exemption par catégorie

- (149) Une procédure spéciale de non-application du règlement d'exemption par catégorie dans les États de l'AELE est prévue à l'article 7, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie intégré dans l'accord EEE. Tandis que la Commission peut déclarer le règlement d'exemption par catégorie inapplicable par voie de règlement adressé aux États membres de l'Union européenne, l'article 7, paragraphe 2, dudit règlement d'exemption habilite l'Autorité à déclarer, par voie de recommandation, que celui-ci ne s'applique pas aux accords de transfert de technologie contenant des restrictions spécifiques applicables à un marché donné lorsque des réseaux parallèles d'accords de transfert de technologie similaires couvrent plus de 50 % dudit marché dans les États de l'AELE. La recommandation est adressée à l'État ou aux États de l'AELE composant le marché en question. Lorsque l'Autorité adopte une recommandation en application de l'article 7, les États de l'AELE qui en sont destinataires disposent d'un délai de trois mois pour indiquer à l'Autorité s'ils acceptent cette recommandation. L'absence de réponse vaut acceptation de la part de l'État de l'AELE qui a omis de répondre. L'État de l'AELE qui accepte, ou est réputé accepter, la recommandation qui lui est adressée est tenu de la mettre en œuvre dans les trois mois suivant son adoption <sup>(72)</sup>.
- (150) Alors que le retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie par l'Autorité en vertu de l'article 6 implique l'adoption d'une décision au titre des articles 7 ou 9 du chapitre II du protocole 4 de l'accord Surveillance et Cour de justice, la non-application de l'exemption par catégorie à la suite d'une recommandation adoptée par l'Autorité en vertu de l'article 7 du règlement d'exemption par catégorie a simplement pour effet de retirer, pour les restrictions et les marchés en cause, le bénéfice du règlement d'exemption par catégorie et de restaurer la pleine applicabilité de l'article 53, paragraphes 1 et 3, de l'accord EEE. En cas de non-application de l'exemption par catégorie à des accords contenant certaines restrictions sur un marché donné, les critères énoncés dans la jurisprudence pertinente de la cour AELE et des juridictions de l'Union ainsi que dans les communications et les décisions antérieures adoptées par l'Autorité fourniront des orientations sur l'application de l'article 53 à des accords individuels. S'il y a lieu, l'Autorité adoptera, dans un cas donné, une décision qui pourra servir de référence pour toutes les entreprises présentes sur le marché concerné.
- (151) 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.
- (152) L'article 7 du règlement d'exemption par catégorie n'implique pas, pour l'Autorité, 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, l'Autorité examinera si un retrait individuel ne constituerait pas une solution plus appropriée. La réponse à cette question peut dépendre, en particulier, du nombre d'entreprises concurrentes qui contribuent à l'effet cumulatif sur un marché ou du nombre de marchés géographiques affectés au sein des États de l'AELE.
- (153) Le champ d'application d'une recommandation adoptée en vertu de l'article 7 doit être clairement défini. L'Autorité doit donc, tout d'abord, définir les marchés de produits et les marchés géographiques en cause et, ensuite, identifier le type de restrictions pour lesquelles le règlement d'exemption par catégorie ne sera plus applicable. Pour ce second point, l'Autorité peut moduler le champ d'application de sa recommandation en fonction du problème de concurrence qu'elle entend viser. Par exemple, s'il est vrai que tous les réseaux parallèles d'accords de non-concurrence seront pris en considération pour déterminer si le taux de couverture de 50 % du marché est atteint, l'Autorité peut néanmoins limiter le champ d'application de la recommandation aux seules obligations de non-concurrence dépassant une certaine durée. C'est ainsi que des accords d'une durée plus courte

<sup>(72)</sup> Cependant, en vertu de l'article 7, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie, si un État de l'AELE avise l'Autorité qu'il n'accepte pas la recommandation qu'elle lui a adressée, l'Autorité en informe la Commission. Si la Commission est en désaccord avec la position adoptée par l'État de l'AELE en question, l'article 92, paragraphe 2, de l'accord EEE s'applique.

ou d'une nature moins restrictive pourront ne pas être touchés, l'effet d'exclusion des restrictions en cause étant jugé moins important. L'Autorité peut, s'il y a lieu, fournir également des indications en précisant le niveau de part de marché qui, dans le contexte propre au marché en cause, peut être considéré comme insuffisant pour entraîner une contribution significative d'une entreprise donnée 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 concernant cette technologie ne contribue pas d'une manière significative à un effet cumulatif de verrouillage du marché <sup>(73)</sup>.

- (154) La période de transition pour la non-application du règlement d'exemption de six mois au moins que l'Autorité devra prévoir dans la recommandation conformément à l'article 7, paragraphe 2, devrait permettre aux entreprises concernées d'adapter leurs accords afin de tenir compte de la non-application du règlement d'exemption par catégorie. L'Autorité considère que cette période de transition devrait courir à partir de la date d'adoption, par l'État de l'AELE destinataire, des mesures nationales de mise en œuvre.
- (155) La recommandation et les mesures nationales mettant en œuvre la non-application du règlement d'exemption par catégorie n'affecteront pas l'exemption par catégorie accordée aux accords concernés pendant la période précédant l'entrée en vigueur desdites mesures nationales.

#### 4. APPLICATION DE L'ARTICLE 53, PARAGRAPHES 1 ET 3, EN DEHORS DU CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE

##### 4.1. Cadre d'analyse général

- (156) 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 53, paragraphe 1, soit remplissent les conditions énoncées à l'article 53, 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'application de l'article 53, paragraphe 1, du simple fait que les seuils de parts de marché sont dépassés. Une appréciation individuelle fondée sur les principes énoncés dans les présentes lignes directrices est toujours requise.

Sphère de sécurité s'il existe suffisamment de technologies contrôlées par des tiers

- (157) Afin de favoriser la prévisibilité au-delà de l'application du règlement d'exemption par catégorie et de limiter l'analyse détaillée aux cas susceptibles de soulever de réels problèmes de concurrence, l'Autorité considère qu'en dehors des restrictions caractérisées, une infraction à l'article 53 est peu probable lorsqu'il existe, outre les technologies contrôlées par les parties à l'accord, au moins quatre technologies indépendantes substituables à la technologie concédée à des coûts comparables pour l'utilisateur. Pour apprécier si les technologies sont suffisamment substituables, il convient de tenir compte de leur puissance commerciale relative. La pression concurrentielle exercée par une technologie est limitée si celle-ci ne constitue pas un substitut commercialement viable à la technologie concédée. Si, par exemple, en raison d'effets de réseau sur le marché, les consommateurs marquent une nette préférence pour les produits comportant la technologie concédée, il se peut que d'autres technologies déjà disponibles sur le marché ou susceptibles d'arriver sur le marché dans un délai raisonnable n'offrent pas de réelle alternative et, par conséquent, n'exercent qu'une pression concurrentielle limitée.
- (158) Le fait qu'un accord n'entre pas dans le champ d'application de la sphère de sécurité décrite au point (157) ne signifie pas qu'il tombe sous le coup de l'article 53, paragraphe 1, ni, si tel est le cas, que les conditions de l'article 53, paragraphe 3, ne sont pas remplies. En ce qui concerne la sphère de sécurité du règlement liée aux parts de marché, cette sphère de sécurité supplémentaire entraîne simplement une présomption selon laquelle l'accord n'est pas interdit par l'article 53. En dehors de la sphère de sécurité, une appréciation individuelle de l'accord fondée sur les principes énoncés dans les présentes lignes directrices est requise.

##### 4.1.1. Facteurs pertinents

- (159) Lorsque l'on applique l'article 53 à des cas individuels, il convient de tenir compte de la façon dont la concurrence s'exerce sur le marché concerné. À cet égard, ce sont notamment les facteurs suivants qui doivent être pris en considération:
- la nature de l'accord;
  - la position des parties sur le marché;

<sup>(73)</sup> Voir, à cet égard, le point 8 de la communication de l'Autorité concernant les accords d'importance mineure, citée à la note 22.

- c) la position des concurrents sur le marché;
  - d) la position des acheteurs sur les marchés en cause;
  - e) les barrières à l'entrée et
  - f) la maturité du marché.
- (160) L'importance des différents facteurs varie d'un cas à l'autre et dépend 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 pouvoir 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.
- (161) 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.
- (162) La position des parties sur le marché, y compris de toute entreprise contrôlée en fait ou en droit par les parties, donne une indication du niveau de pouvoir 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. Tel 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. Les parts de marché ne constituent toutefois jamais qu'un facteur parmi d'autres de l'appréciation de la position sur le marché. Par exemple, notamment dans le cas des marchés de technologies, les parts de marché peuvent ne pas toujours être un bon indicateur de la puissance relative de la technologie en question et les chiffres des parts de marché peuvent varier considérablement selon les différentes méthodes de calcul.
- (163) 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 du pouvoir de marché. Toutefois, si le nombre de concurrents est relativement limité et si leur position sur le marché est plus ou moins similaire (taille, coûts, potentiel de recherche et développement, etc.), cette structure de marché peut accroître les risques de collusion.
- (164) La position des acheteurs sur le marché permet de voir si un ou plusieurs 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 de marché reflète l'importance de sa demande pour ses fournisseurs potentiels. 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 l'image de sa marque chez les consommateurs finals. Dans certains cas, la puissance d'achat peut empêcher le donneur et/ou le preneur d'exercer son pouvoir de 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 preneur d'exercer son pouvoir sur le marché de produits et donc à résoudre le problème de concurrence qui se pose sur ce marché <sup>(74)</sup>.
- (165) 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'un pouvoir 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.

(74) Voir, à cet égard, l'arrêt du 7 octobre 1997 dans l'affaire T-228/97, Irish Sugar, Recueil 1999, p. II-2969, point 101.

- (166) 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 ou 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 en particulier fonction du fait qu'ils comportent ou non 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 recouverts 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 lourd dans l'appréciation d'une affaire que la concurrence potentielle.
- (167) Sur un marché parvenu à maturité, c'est-à-dire 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, les restrictions de la concurrence ont plus de chances d'avoir des effets négatifs que sur des marchés plus dynamiques.
- (168) L'appréciation de certaines restrictions peut exiger la prise en considération d'autres facteurs. Ceux-ci comprennent les effets cumulatifs, 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.

#### 4.1.2. Effets négatifs des accords de licence restrictifs

- (169) Les effets négatifs que les accords de transfert de technologie restrictifs risquent d'avoir sur la concurrence englobent les effets suivants:
- a) réduction de la concurrence intertechnologique entre les sociétés opérant sur un marché de technologies ou sur un marché de produits comportant les technologies en question, y compris la facilitation de la collusion, tant explicite qu'implicite;
  - b) 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; et
  - c) réduction de la concurrence intratechnologique entre les entreprises fabriquant des produits à partir de la même technologie.
- (170) 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 apportées à leurs technologies respectives et que cet accord empêche l'un des concurrents d'obtenir une avance technologique sur l'autre, la concurrence en matière d'innovation entre les parties se trouve restreinte [voir également le point (241) ci-dessous].
- (171) L'octroi de licences entre concurrents peut également faciliter la collusion. Le risque de collusion est particulièrement élevé sur les marchés concentrés. Pour qu'il y ait collusion, il faut 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 et disposer de moyens suffisants pour dissuader de tout écart par rapport à la politique commune convenue, et les barrières à l'entrée doivent être suffisamment élevées pour limiter l'entrée ou l'expansion des entreprises extérieures. Les accords peuvent faciliter la collusion en améliorant la transparence du marché, en contrôlant certains comportements et en élevant des barrières à l'entrée. Des accords de licence entraînant une similarité poussée des coûts peuvent aussi faciliter exceptionnellement la collusion, car des entreprises qui ont des coûts similaires sont plus susceptibles d'avoir une perception identique des modalités de la coordination à mettre en place <sup>(75)</sup>.

<sup>(75)</sup> Voir, à cet égard, le point 36 des lignes directrices de l'Autorité concernant les accords de coopération horizontale, citées à la note 29.

- (172) 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 de technologies substituables peuvent également se voir exclus lorsqu'un donneur possédant un pouvoir de marché suffisant 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.
- (173) 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. 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 intertechnologique peuvent faciliter la collusion entre les propriétaires de technologies concurrentes ou réduire la concurrence intertechnologique en créant des barrières à l'entrée.

#### 4.1.3. Effets positifs des accords de licence restrictifs et cadre d'analyse de ces effets

- (174) Même les accords de licence restrictifs ont aussi parfois des effets proconcurrentiels, en l'occurrence des gains d'efficacité, susceptibles de compenser leurs effets anticoncurrentiels. L'appréciation des éventuels effets proconcurrentiels se fera en vertu de l'article 53, paragraphe 3, qui prévoit une dérogation à la règle d'interdiction figurant à l'article 53, 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'efficacité, les consommateurs doivent recevoir une partie équitable de ces gains d'efficacité et l'accord ne doit pas donner aux parties la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. L'entreprise qui se prévaut de l'article 53, paragraphe 3, doit démontrer, au moyen d'arguments et d'éléments de preuve convaincants, que les conditions requises pour bénéficier d'une exemption sont réunies <sup>(76)</sup>.
- (175) Les accords restrictifs sont évalués au regard de l'article 53, paragraphe 3, dans le cadre réel où ils se produisent <sup>(77)</sup> et sur la base des faits existant à un moment donné. L'appréciation tient donc compte des modifications importantes des faits. La règle d'exemption de l'article 53, paragraphe 3, s'applique tant que les quatre conditions sont remplies, mais cesse de s'appliquer dès que ce n'est plus le cas <sup>(78)</sup>. Toutefois, lorsque l'on applique l'article 53, paragraphe 3, il convient de tenir compte des investissements initiaux à fonds perdus faits par l'une ou l'autre des parties ainsi que des délais ou des contraintes nécessaires à l'engagement et à la rentabilisation d'un investissement destiné à accroître l'efficacité d'une entreprise. Il n'est pas possible d'appliquer l'article 53 sans tenir compte de ces investissements ex ante et des risques qu'ils comportent. Les risques auxquels les parties sont confrontées et les investissements à fonds perdus qui doivent être consentis pour mettre l'accord en œuvre peuvent donc avoir pour conséquence que celui-ci n'entre pas dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, ou remplisse les conditions énoncées à l'article 53, paragraphe 3, selon le cas, pendant la période nécessaire à la rentabilisation de l'investissement.
- (176) La première condition énoncée à l'article 53, paragraphe 3, exige une appréciation des avantages objectifs en termes de gains d'efficacité produits par l'accord. À cet égard, 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'efficacité 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

<sup>(76)</sup> Arrêt du 6 octobre 2009 dans les affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a., Recueil 2009, p. I-9291, point 82.

<sup>(77)</sup> Voir l'arrêt du 17 septembre 1985 dans les affaires jointes 25/84 et 26/84, Ford, Recueil 1985, p. 2725, et l'arrêt du 6 octobre 2009 dans les affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a., Recueil 2009, p. I-9291, point 103.

<sup>(78)</sup> Sur ce point, voir par exemple la décision de la Commission du 3 mars 1999 dans l'affaire TPS (JO L 90 du 2.4.1999, p. 6). De même, l'interdiction de l'article 53, paragraphe 1, ne s'applique que tant que l'accord a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence.

peuvent également créer des gains d'efficacité 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 de l'Autorité sur les restrictions verticales <sup>(79)</sup>. Des accords par lesquels des détenteurs de technologies mettent ensemble plusieurs technologies pour les concéder sous licence à des tiers peuvent également comporter des gains d'efficacité. 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. La concession de licences peut également être favorable à la concurrence lorsqu'elle vise à garantir la liberté de conception. Dans les secteurs dans lesquels il existe de nombreux droits de propriété intellectuelle et où différents produits peuvent empiéter sur certains droits existants et futurs, les accords de licence par lesquels les parties conviennent de ne pas faire valoir leurs droits de propriété les uns contre les autres sont souvent favorables à la concurrence puisqu'ils permettent aux parties de développer leurs technologies respectives sans risquer de recours ultérieurs pour violation des droits.

- (177) Pour s'assurer que les restrictions sont indispensables, ainsi que l'exige l'article 53, paragraphe 3, l'Autorité examinera notamment si chaque restriction permet de réaliser l'activité en cause de façon plus efficace que cela aurait été le cas si la restriction concernée n'avait pas existé. Cette appréciation doit tenir compte des conditions du marché et des réalités auxquelles les parties sont confrontées. Les entreprises qui invoquent le bénéfice de l'article 53, paragraphe 3, ne sont pas tenues d'envisager des alternatives hypothétiques ou théoriques. Elles doivent cependant expliquer et démontrer pourquoi des solutions apparemment réalistes et sensiblement moins restrictives seraient nettement moins efficaces que l'accord. Si le recours à une possibilité se révélant réaliste sur le plan commercial et moins restrictive devait entraîner des pertes d'efficacité sensibles, la restriction concernée serait considérée comme indispensable. Dans certains cas, il peut également s'avérer nécessaire d'examiner si l'accord en tant que tel est indispensable pour réaliser les gains d'efficacité. Cela peut par exemple être le cas pour les accords de regroupement de technologies comprenant des technologies complémentaires, mais non essentielles <sup>(80)</sup>. Il faut alors examiner dans quelle mesure l'inclusion de ces technologies entraîne des gains d'efficacité 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'efficacité. 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.
- (178) La condition imposant que les consommateurs reçoivent une partie 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 <sup>(81)</sup>. Cela signifie que les gains d'efficacité doivent compenser intégralement l'incidence négative éventuelle de l'accord sur les prix, sur la production et sur d'autres éléments pertinents. Ils peuvent par exemple modifier 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 des hausses de prix probables <sup>(82)</sup>.
- (179) La dernière condition énoncée à l'article 53, 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 53, paragraphe 3, il convient de tenir compte de la relation entre l'article 53, paragraphe 3, et l'article 54. Conformément à une jurisprudence constante concernant l'article 101, paragraphe 3, et l'article 102 du traité, l'application de l'article 53, paragraphe 3, ne peut faire obstacle à l'application de l'article 54 <sup>(83)</sup>. En outre, comme les articles 53 et 54 ont tous deux pour objectif le maintien d'une concurrence effective sur le marché, il convient, pour des raisons de cohérence, que l'article 53, paragraphe 3, soit interprété comme excluant toute application de la dérogation aux accords restrictifs qui constituent un abus de position dominante <sup>(84)</sup>.
- (180) 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 53, 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

<sup>(79)</sup> Citées à la note 44. Voir notamment les points 106 et suivants.

<sup>(80)</sup> Pour ce qui est de ces notions, voir la section 4.4.1.

<sup>(81)</sup> Voir le point 85 des lignes directrices de l'Autorité concernant l'application de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, citées à la note 4.

<sup>(82)</sup> Idem, points 98 et 102.

<sup>(83)</sup> Voir, par analogie, le point 130 de l'arrêt dans les affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, cité à la note 4. De même, l'application de l'article 53, paragraphe 3, ne peut empêcher l'application des règles de l'EEE 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 53, paragraphe 1; voir, à cet égard, l'arrêt du 19 février 2002 dans l'affaire C-309/99, *Wouters*, Recueil 2002, p. I-1577, point 120.

<sup>(84)</sup> Voir, à cet égard, l'arrêt du 10 juillet 1990 dans l'affaire T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Recueil 1990, p. II-309. Voir également le point 106 des lignes directrices de l'Autorité concernant l'application de l'article 53, paragraphe 3, de l'accord EEE, citées à la note 4.

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 la création d'une norme industrielle de fait élimine toujours la concurrence au sens de la dernière condition de l'article 53, 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 53, paragraphe 3, il convient de s'assurer qu'il ne restreint pas indûment la concurrence et qu'il ne restreint pas non plus indûment toute innovation future.

#### 4.2. Application de l'article 53 à différents types de restrictions propres aux accords de licence

- (181) La présente section traite de différents types de restrictions qui figurent souvent dans les accords de licence. Eu égard à leur fréquence, il est utile de fournir des orientations sur la manière dont elles sont appréciées en dehors du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie. Les restrictions qui ont déjà été abordées dans d'autres sections des présentes lignes directrices, notamment aux sections 3.4 et 3.5, ne seront traitées que succinctement dans la présente section.
- (182) 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. En effet, 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, une licence réciproque ne diffère pas, sur le plan pratique, de la concession de deux licences séparées. La situation est différente pour 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.
- (183) La présente section ne traite pas des obligations contenues dans les accords de licence qui ne restreignent généralement pas la concurrence au sens de l'article 53, paragraphe 1. Ces obligations sont les suivantes, sans que cette énumération soit exhaustive:
- a) obligations de confidentialité;
  - b) obligation imposée aux preneurs de ne pas accorder de sous-licences;
  - c) obligation de ne pas utiliser les droits sur technologie concédés après l'expiration de l'accord, pour autant que lesdits droits demeurent valides et en vigueur;
  - d) obligation d'aider le donneur à faire appliquer les droits de propriété intellectuelle concédés;
  - e) obligation de verser des redevances minimales ou de produire une quantité minimale 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.

##### 4.2.1. Obligations en matière de redevances

- (184) Les parties à un accord de licence peuvent normalement, sans que cet accord n'entre dans le champ d'application de l'article 53, 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. 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<sup>(85)</sup>. Dans le cas de licences de logiciel, les redevances calculées sur la base du nombre d'utilisateurs et celles qui sont calculées par machine sont généralement compatibles avec l'article 53, paragraphe 1.
- (185) Dans le cas d'accords de licence entre concurrents, il convient de garder à l'esprit [voir les points (100) à (101) et (116) ci-dessus] que dans un nombre limité de situations, des obligations de versement de redevances peuvent équivaloir à un accord de fixation des prix, qui est considérée comme une restriction caractérisée [voir l'article 4, paragraphe 1, point a)]. Il y a restriction caractérisée au sens de l'article 4, paragraphe 1, point a), si des concurrents prévoient des redevances courantes réciproques lorsque la licence est fictive en ce que son objet n'est pas de permettre une intégration de technologies complémentaires ni d'atteindre un autre but proconcurrentiel. Il y a également restriction caractérisée au sens de cette disposition ainsi que de l'article 4, paragraphe 1, point d), si les redevances s'étendent à des produits fabriqués exclusivement à partir des propres droits sur technologie du preneur.

<sup>(85)</sup> Cela ne porte pas atteinte à l'application éventuelle de l'article 54 à la fixation des redevances (voir l'arrêt du 14 février 1978 dans l'affaire 27/76, *United Brands*, point 250; voir aussi l'arrêt du 16 juillet 2009 dans l'affaire C-385/07 P, *Der Grüne Punkt — Duales System Deutschland*, Recueil 2009, p. I-6155, point 142).

- (186) D'autres types d'accords entre concurrents concernant les redevances bénéficient d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 20 %, même s'ils restreignent la concurrence. En dehors du champ d'application de l'exemption par catégorie, l'article 53, paragraphe 1, peut être applicable lorsque des concurrents s'accordent des licences croisées et imposent des redevances courantes manifestement disproportionnées par rapport à la valeur de marché de la licence et lorsque ces redevances ont une incidence sensible sur les prix du marché. Lors de l'appréciation du caractère éventuellement disproportionné des redevances, il est nécessaire d'examiner les redevances versées par d'autres preneurs sur le marché de produits pour les mêmes technologies ou pour des technologies de substitution. Dans de telles conditions, il est peu probable que les conditions figurant à l'article 53, paragraphe 3, soient remplies.
- (187) Indépendamment du fait que l'exemption par catégorie ne s'applique que si les droits sur technologie sont valides et en vigueur, les parties peuvent normalement convenir d'étendre l'obligation de versement de redevances au-delà de la période de validité des droits de propriété intellectuelle concédés sans enfreindre l'article 53, paragraphe 1. 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.
- (188) Dans le cas d'accords entre non-concurrents, l'exemption par catégorie couvre les accords dans lesquels les redevances sont calculées sur la base des produits tant à partir de la technologie concédée qu'à partir de technologies concédées par des tiers. De tels accords peuvent faciliter le calcul des redevances. Ils peuvent cependant aussi entraîner un verrouillage du marché en accroissant les coûts de l'utilisation des facteurs de production des tiers, et avoir ainsi des effets analogues à ceux d'une obligation de non-concurrence. Si des redevances sont versées non seulement sur les produits fabriqués avec la technologie concédée, mais aussi sur ceux fabriqués avec une technologie tierce, elles augmentent le coût de ces derniers produits et font baisser la demande de technologies tierces. 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. À cette fin, il convient d'appliquer le cadre d'analyse défini à la section 4.2.7 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 53, paragraphe 1, et il est peu probable qu'ils remplissent les conditions énoncées à l'article 53, paragraphe 3, sauf s'il n'existe aucun autre moyen pratique de calculer et de contrôler le versement des redevances.

#### 4.2.2. *Accords de licence exclusifs et restriction des ventes*

- (189) Aux fins des présentes lignes directrices, il est utile d'établir une distinction entre les restrictions relatives à la production sur un territoire déterminé (licences exclusives ou uniques) et les restrictions relatives à la vente de produits comportant la technologie concédée sur un territoire déterminé et à un groupe d'acheteurs déterminé (restrictions des ventes).

##### 4.2.2.1. *Licences exclusives et uniques*

- (190) Une «licence exclusive» signifie que le donneur de licence lui-même n'est pas autorisé à produire à partir des droits sur technologie concédés, ni à concéder lesdits droits sous licence à des tiers, en général ou pour un usage donné ou sur un territoire donné. Cela signifie que, en général ou pour cet usage ou sur ce territoire, le preneur est le seul autorisé à produire à partir des droits sur technologie concédés.
- (191) Lorsque le donneur s'engage à ne pas produire lui-même ou à ne pas concéder de licences de production à d'autres preneurs sur un territoire donné, ce territoire peut s'étendre au monde entier ou à une partie quelconque de celui-ci. Lorsque le donneur s'engage seulement à ne pas concéder de licences de production à des tiers sur un territoire donné, la licence est une licence unique. Les licences exclusives ou uniques sont souvent assorties de restrictions des ventes qui limitent le territoire géographique sur lequel les parties peuvent vendre les produits comportant la technologie concédée.
- (192) Les accords de concession réciproque de licences exclusives entre concurrents relèvent de l'article 4, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie, qui prévoit que la répartition des marchés et des clients entre concurrents constitue une restriction caractérisée. Les accords de concession réciproque de licences uniques entre concurrents bénéficient, en revanche, d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 20 %. Dans un tel accord, les parties s'engagent mutuellement à ne pas concéder leurs technologies concurrentes sous licence à des tiers. Dans les cas où les parties ont un grand pouvoir de marché, ces accords peuvent faciliter la collusion en garantissant que les parties sont les seules sources de production sur le marché sur la base des technologies concédées.

- (193) La concession non réciproque de licences exclusives entre concurrents bénéficie d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 20 %. Au-delà de ce seuil, il y a lieu d'analyser les effets anticoncurrentiels probables de ces licences exclusives. Lorsque la licence exclusive est mondiale, cela implique que le donneur quitte le marché. Lorsque l'exclusivité est limitée à un territoire déterminé, tel qu'un État de l'EEE, l'accord implique que le donneur s'abstienne de produire des biens et services sur le territoire en question. Dans le contexte de l'article 53, paragraphe 1, il convient notamment d'apprécier l'importance concurrentielle du donneur. Si celui-ci a une position limitée sur le marché de produits ou qu'il n'a pas la capacité d'exploiter effectivement la technologie sur le territoire du preneur, il est peu probable que l'accord entre dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1. La situation est particulière lorsque le donneur et le preneur ne sont concurrents que sur le marché de technologies et que le donneur, par exemple un institut de recherche ou une petite entreprise fondée sur la recherche, ne dispose pas des actifs de production et de distribution lui permettant de commercialiser effectivement les produits comportant la technologie concédée. Dans ces conditions, il est improbable que l'article 53, paragraphe 1, soit enfreint.
- (194) La concession de licences exclusives entre non concurrents — dans la mesure où elle relève de l'article 53, paragraphe 1 <sup>(86)</sup> — est susceptible de remplir les conditions de l'article 53, paragraphe 3. Le droit d'accorder une licence exclusive est généralement nécessaire pour inciter le preneur à investir dans la technologie concédée et à commercialiser les produits en temps voulu. C'est notamment le cas lorsque le preneur doit réaliser d'importants investissements pour continuer à développer la technologie concédée. Une remise en cause de l'exclusivité une fois que le preneur a fait de la technologie concédée un succès commercial priverait le preneur des fruits de son succès et nuirait à la concurrence, à la diffusion de la technologie et à l'innovation. L'Autorité ne remettra donc qu'exceptionnellement en cause les licences exclusives dans des accords entre non-concurrents, indépendamment de la portée territoriale de la licence.
- (195) Cependant, si le preneur possède déjà une technologie substituable utilisée pour la production interne, la licence exclusive peut ne pas être nécessaire pour inciter le preneur à mettre un produit sur le marché. Dans un tel scénario, les licences exclusives peuvent en revanche relever de l'article 53, paragraphe 1, notamment lorsque le preneur possède un pouvoir sur le marché de produits. La principale situation dans laquelle une intervention peut être justifiée est celle dans laquelle un preneur en position dominante obtient une licence exclusive sur une ou plusieurs technologies concurrentes. Ces accords sont susceptibles de relever de l'article 53, paragraphe 1, et ont peu de chances de remplir les conditions figurant à l'article 53, paragraphe 3. Toutefois, pour que l'article 53, paragraphe 1, s'applique, il faut que l'entrée sur le marché de technologies soit difficile et que la technologie concédée constitue une source réelle de concurrence sur le marché. Une licence exclusive peut alors verrouiller l'accès au marché pour les preneurs tiers, ériger les barrières à l'entrée et permettre au preneur de conserver son pouvoir de marché.
- (196) Les accords par lesquels deux parties ou plus se concèdent mutuellement des licences croisées et s'engagent à ne pas concéder de licences à des tiers 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. Dans de tels cas, l'accord crée une norme fermée réservée aux parties. L'Autorité appréciera ces accords sur la base des mêmes principes que ceux appliqués aux accords de regroupement de technologies (voir la section 4.4). Elle exigera normalement que les technologies à la base d'une telle norme soient concédées à des tiers à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires <sup>(87)</sup>. Lorsque les parties à l'accord sont en concurrence avec des tiers sur un marché de produits existant et que l'accord porte sur ce marché, une norme fermée 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.

#### 4.2.2.2. Restrictions des ventes

- (197) Il importe également d'opérer une distinction entre les accords de licence entre concurrents et entre non-concurrents en ce qui concerne les restrictions des ventes.
- (198) Les restrictions des ventes actives et passives par une ou plusieurs parties dans un accord réciproque entre concurrents sont des restrictions caractérisées de la concurrence en vertu de l'article 4, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie. Elles relèvent de l'article 53, paragraphe 1, et ont peu de chances de remplir les conditions figurant à l'article 53, paragraphe 3. Elles sont généralement considérées comme constituant une répartition du marché puisqu'elles empêchent la partie affectée de vendre ses produits activement et passivement sur des territoires et à des groupes d'acheteurs qu'elle approvisionnait effectivement ou aurait pu approvisionner de façon réaliste en l'absence de l'accord.

<sup>(86)</sup> Voir l'arrêt dans l'affaire Nungesser, cité à la note 15.

<sup>(87)</sup> Voir, à cet égard, la communication de la Commission relative à l'affaire Canon/Kodak (JO C 330 du 1.11.1997, p. 10), ainsi que l'affaire IGR Stereo Television mentionnée dans le XI<sup>e</sup> rapport sur la politique de concurrence, point 94.

- (199) Dans le cas des accords non réciproques entre concurrents, l'exemption par catégorie s'applique aux restrictions des ventes actives et/ou passives du preneur ou du donneur sur le territoire exclusif ou au groupe d'acheteurs exclusif réservés à l'autre partie [voir l'article 4, paragraphe 1, point c) i), du règlement d'exemption par catégorie]. Au-delà du seuil de part de marché de 20 %, les restrictions des ventes entre donneur et preneur relèvent de l'article 53, paragraphe 1, lorsque les deux parties ou l'une d'entre elles ont un grand pouvoir de marché. Il est cependant possible qu'elles soient indispensables à la diffusion de technologies précieuses et donc qu'elles remplissent les conditions de l'article 53, paragraphe 3. Tel peut être le cas lorsque le donneur occupe une position de marché relativement faible sur le territoire où il exploite lui-même la technologie. Dans ces conditions, des restrictions relatives notamment aux ventes actives peuvent être indispensables pour inciter le donneur à accorder la licence. En l'absence de ces restrictions, le donneur risquerait en effet d'être confronté à une concurrence active dans son domaine d'activité principal. De même, des restrictions des ventes actives réalisées par le donneur peuvent être indispensables, notamment lorsque le preneur a une position de marché relativement faible sur le territoire qui lui est attribué et qu'il doit procéder à des investissements importants pour exploiter efficacement la technologie concédée.
- (200) L'exemption par catégorie couvre également les restrictions des ventes actives sur le territoire ou au groupe d'acheteurs attribués à un autre preneur, qui n'était pas un concurrent du donneur lorsqu'il a conclu l'accord de licence avec lui. Toutefois, cela n'est le cas que lorsque l'accord entre les parties en question est non réciproque [voir l'article 4, paragraphe 1, point c) ii), du règlement d'exemption par catégorie]. Au-delà du seuil de part de marché, de telles restrictions des ventes actives sont susceptibles de relever de l'article 53, paragraphe 1, lorsque les parties ont un grand pouvoir de marché. La restriction est néanmoins susceptible d'être indispensable au sens de l'article 53, paragraphe 3, pendant la période nécessaire au preneur protégé pour pénétrer sur un nouveau marché et établir une présence de marché sur le territoire attribué ou à l'égard du groupe d'acheteurs attribué. Cette protection contre les ventes actives permet au preneur de surmonter l'asymétrie à laquelle il est confronté en raison du fait que certains des preneurs sont des entreprises concurrentes du donneur et sont donc déjà établis sur le marché. Les restrictions des ventes passives des preneurs sur un territoire ou à un groupe d'acheteurs attribués à un autre preneur sont des restrictions caractérisées conformément à l'article 4, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie.
- (201) Dans le cas des accords entre non-concurrents, les restrictions des ventes entre le donneur et un preneur peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie à concurrence du seuil de part de marché de 30 %. Au-delà de ce seuil, la restriction des ventes actives et passives réalisées par des preneurs sur des territoires ou à des groupes de clients réservés exclusivement au donneur peut être indispensable à la diffusion de technologies précieuses et donc ne pas relever de l'article 53, paragraphe 1, ou remplir les conditions de l'article 53, paragraphe 3. Tel peut être le cas lorsque le donneur occupe une position de marché relativement faible sur le territoire où il exploite lui-même la technologie. Dans ces conditions, des restrictions relatives notamment aux ventes actives peuvent être indispensables pour inciter le donneur à accorder la licence. En l'absence de ces restrictions, le donneur risquerait en effet d'être confronté à une concurrence active dans son domaine d'activité principal. Dans d'autres cas, les restrictions imposées aux ventes du preneur peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, et ne pas remplir les conditions mentionnées à l'article 53, paragraphe 3. Ce sera probablement le cas lorsque le donneur possède lui-même un grand pouvoir de marché ou lorsqu'une série d'accords similaires conclus par des donneurs détenant ensemble une forte position sur le marché ont un effet cumulatif.
- (202) Les restrictions imposées aux ventes du donneur, lorsqu'elles relèvent de l'article 53, paragraphe 1, remplissent normalement les conditions figurant à l'article 53, 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 relatives aux ventes actives, sont souvent indispensables au sens de l'article 53, paragraphe 3, 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 se trouvait 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.
- (203) En ce qui concerne les restrictions des ventes entre preneurs dans des accords entre non-concurrents, le règlement accorde une exemption par catégorie aux ventes actives entre territoires ou groupes d'acheteurs. Au-delà du seuil de part de marché de 30 %, la restriction des ventes actives entre les territoires et les groupes d'acheteurs des preneurs limite la concurrence intratechnologique et est susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, si un preneur détient un grand pouvoir de marché. Toutefois, ce type de restrictions peut remplir les conditions figurant à l'article 53, 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 sur la liste des restrictions caractérisées mentionnées à l'article 4, paragraphe 2, point b), du règlement d'exemption par catégorie [voir les points (119) à (127) ci-dessus].

#### 4.2.3. Limitation de la production

- (204) La limitation réciproque de la production dans le cadre d'accords de licence entre concurrents constitue une restriction caractérisée au sens de l'article 4, paragraphe 1, point b), du règlement d'exemption par catégorie [voir le point (103) ci-dessus]. Cette disposition ne s'applique pas à la limitation de la production au moyen de la technologie du donneur imposée au preneur dans un accord non réciproque ou à l'un des preneurs dans un accord réciproque. De telles limitations bénéficient d'une exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 20 %. Au-delà de ce seuil, les limitations de la production imposées au preneur peuvent restreindre la concurrence lorsque les parties ont un grand pouvoir de marché. L'article 53, paragraphe 3, est cependant susceptible de s'appliquer lorsque la technologie du donneur est sensiblement meilleure que celle du preneur et que la limitation de la production est fixée à un niveau nettement supérieur à celui de la production du preneur avant la conclusion de l'accord. Dans ce cas, l'incidence de la limitation de la production est limitée, même sur les marchés sur lesquels la demande augmente. Lors de l'application de l'article 53, paragraphe 3, il convient également de tenir compte du fait que de telles restrictions peuvent être nécessaires pour inciter le donneur à diffuser sa technologie aussi largement que possible. Un donneur peut par exemple hésiter à concéder sa technologie à ses concurrents s'il n'a pas la possibilité de limiter la licence à un site de production déterminé 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 53, paragraphe 3. Toutefois, cela ne sera probablement pas le cas si les parties disposent d'un grand pouvoir de marché.
- (205) 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 %. 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 intratechnologique 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 empêche le preneur de satisfaire la demande de produits comportant la technologie concédée.
- (206) Lorsque la limitation de la production est associée avec des territoires exclusifs ou des groupes d'acheteurs exclusifs, les effets restrictifs se trouvent accrus. La réunion de ces deux types de restrictions augmente les probabilités que l'accord ait pour but de cloisonner le marché.
- (207) Les limitations de production imposées au preneur dans des accords entre non-concurrents peuvent également avoir des effets pro concurrentiels, lorsqu'elles favorisent la diffusion d'une technologie. En tant que fournisseur de technologie, le donneur devrait normalement être libre de déterminer la quantité de produits fabriqués par le preneur à partir de la technologie concédée. Si le donneur n'était pas libre de déterminer la production du preneur, un certain nombre d'accords de licence ne verraient jamais le jour, 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 du preneur peut 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 associée à une limitation des ventes du preneur interdisant à celui-ci de vendre ses produits sur un territoire ou à un groupe d'acheteurs réservés au donneur.

#### 4.2.4. Limitation du domaine d'utilisation

- (208) Lorsqu'il y a limitation du domaine d'utilisation, la licence est limitée soit à un ou à plusieurs domaines techniques d'application soit à un ou à plusieurs marchés de produits ou secteurs industriels. Un secteur industriel peut comprendre plusieurs marchés de produits, mais non une partie d'un marché 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, chaque produit appartenant à un marché différent. Un marché de produits unique peut cependant comprendre plusieurs domaines techniques d'utilisation. Une nouvelle technologie des moteurs peut par exemple être utilisée dans des moteurs à quatre et à six cylindres. De même, une technologie de fabrication de chipsets pourrait être employée pour produire des chipsets supportant jusqu'à quatre processeurs et d'autres pour plus de quatre processeurs. Une licence limitant l'utilisation de la technologie concédée à la production, par exemple, de moteurs à quatre cylindres et de chipsets supportant un maximum de quatre processeurs constitue une limitation du domaine technique d'utilisation.

- (209) Les limitations du domaine d'utilisation étant couvertes par l'exemption par catégorie et certaines restrictions liées aux acheteurs étant des restrictions caractérisées conformément à l'article 4, paragraphe 1, point c), et à l'article 4, paragraphe 2, point b), du règlement d'exemption par catégorie, il importe de distinguer les deux catégories de restrictions. Une restriction liée aux acheteurs présuppose l'identification de groupes d'acheteurs spécifiques et la limitation des ventes, par les parties, à ces groupes. Le fait qu'une limitation du domaine technique d'utilisation corresponde à certains groupes d'acheteurs au sein d'un marché de produits ne signifie pas qu'elle doit être considérée comme une restriction liée aux acheteurs. Par exemple, le fait que certains acheteurs achètent principalement ou exclusivement des chipsets supportant plus de quatre processeurs ne signifie pas qu'une licence limitée aux chipsets gérant un maximum de quatre processeurs constitue une restriction liée aux acheteurs. Le domaine d'utilisation doit cependant être défini d'une manière objective par référence aux caractéristiques techniques identifiées et importantes du produit contractuel.
- (210) Certaines limitations de la production constituant des restrictions caractérisées en vertu de l'article 4, paragraphe 1, point b), du règlement d'exemption par catégorie, il est important de faire remarquer que les limitations du domaine d'utilisation ne sont pas considérées comme étant des limitations de la production, étant donné qu'une limitation du domaine d'utilisation ne limite pas la production que le preneur peut produire dans le domaine d'utilisation concédé.
- (211) Une limitation du domaine d'utilisation limite l'exploitation de la technologie concédée par le preneur à un ou plusieurs domaines d'utilisation déterminés, sans limiter la capacité du donneur à exploiter cette technologie. En outre, comme les territoires, ces domaines d'utilisation peuvent être attribués au preneur dans le cadre d'une licence exclusive ou unique. Des limitations du domaine d'utilisation combinées avec une licence exclusive ou unique restreignent également la capacité du donneur à exploiter sa propre technologie en l'empêchant de l'exploiter lui-même, y compris par l'octroi de licences à des tiers. Dans le cas d'une licence unique, seule la concession de licences à des tiers est limitée. Des limitations du domaine d'utilisation associées à des licences exclusives et uniques sont traitées de la même manière que les licences exclusives et uniques examinées à la section 4.2.2 ci-dessus. Cela signifie notamment, en ce qui concerne la concession de licences entre concurrents, que la concession réciproque de licences exclusives constitue une restriction caractérisée en vertu de l'article 4, paragraphe 1, point c).
- (212) Les limitations du domaine d'utilisation peuvent avoir des effets favorables à la concurrence en encourageant le donneur à concéder sa technologie sous licence pour des applications ne relevant pas de son domaine d'activité principal. Si le donneur ne pouvait pas empêcher les preneurs d'opérer dans les domaines où il exploite lui-même sa technologie ou dans ceux où la valeur de la technologie n'est pas encore bien établie, il n'aurait probablement plus aucun intérêt à concéder des licences ou serait amené à réclamer des redevances plus élevées. Il convient également de tenir compte du fait que, dans certains secteurs, des licences sont souvent concédées pour garantir la liberté de conception en évitant les recours pour violation des droits de propriété intellectuelle. Dans le cadre de la licence, le preneur peut développer sa propre technologie sans craindre que le donneur n'introduise de tels recours.
- (213) Les limitations du domaine d'utilisation imposées aux preneurs dans les accords entre concurrents réels ou potentiels 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 en dehors du domaine d'utilisation concédé. Ce risque est plus élevé dans le cas d'accords de licences croisées entre concurrents prévoyant des limitations asymétriques du domaine d'utilisation. Une limitation du domaine d'utilisation est asymétrique lorsque l'une des parties est autorisée à utiliser la technologie concédée dans un secteur industriel, sur un marché de produits ou dans un domaine technique d'utilisation et que l'autre partie est autorisée à utiliser l'autre technologie concédée dans un autre secteur industriel, sur un autre marché de produits ou dans un autre domaine technique 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 en dehors du domaine d'utilisation concédé, à partir de sa propre technologie. Si l'accord est susceptible d'inciter le preneur à réduire sa production en dehors du domaine d'utilisation concédé, il est probable qu'il relève de l'article 53, paragraphe 1. Les limitations symétriques du domaine d'utilisation, c'est-à-dire les accords par lesquels les parties obtiennent des licences en vue de l'utilisation de leurs technologies mutuelles dans le ou les mêmes domaines d'utilisation, ont peu de chances d'entrer dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1. Il est peu probable que de tels accords restreignent la concurrence qui existait en leur absence. Il est également peu probable que l'article 53, paragraphe 1, s'applique aux accords permettant seulement au preneur de développer et d'exploiter sa propre technologie dans le domaine couvert par la licence sans craindre que le donneur n'introduise des recours pour violation de ses droits de propriété intellectuelle. Dans ces conditions, les limitations du domaine d'utilisation ne restreignent pas en soi la concurrence qui existait avant la conclusion de l'accord. En l'absence de l'accord, le preneur s'exposait également à des recours en dehors du domaine d'utilisation concédé. Si toutefois, sans raison

commerciale, le preneur met un terme à ses activités en dehors du domaine d'utilisation concédé, ou qu'il les réduit, cela peut laisser penser qu'il y a un accord sous-jacent de répartition du marché équivalant à une restriction caractérisée au sens de l'article 4, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie.

- (214) Les restrictions du domaine d'utilisation imposées au preneur et au donneur dans des accords entre non-concurrents bénéficient de l'exemption par catégorie jusqu'au seuil de part de marché de 30 %. 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'efficacité. Elle favorise la diffusion de technologies nouvelles 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'exercer des activités dans les domaines dans lesquels il exploite lui-même sa technologie, il n'aurait probablement plus aucun intérêt à concéder des licences.
- (215) Dans les accords entre non-concurrents, le donneur est normalement aussi habilité à accorder à des preneurs différents des licences uniques ou exclusives limitées à un ou plusieurs domaines d'utilisation. Ces restrictions limitent la concurrence intratechnologique entre preneurs de la même façon que les licences exclusives et sont analysées de la même manière (voir la section 4.2.2.1 ci-dessus).

#### 4.2.5. *Obligation d'usage captif*

- (216) Une obligation d'usage captif est une obligation imposée au preneur de limiter sa production 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 sa propre production, mais ne s'applique pas à la vente des produits sous licence en vue de leur intégration dans ceux d'autres producteurs. 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 les effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels des restrictions en cause. À cet égard, une distinction doit être opérée entre accords entre concurrents et accords entre non-concurrents.
- (217) 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 est appréciée de la même façon que dans le cas des accords entre non-concurrents. Si, en revanche, le preneur est un fournisseur réel ou potentiel de composants, il convient d'examiner l'incidence de l'accord sur cette activité. Si en s'équipant en vue de l'utilisation de la technologie du donneur, le preneur cesse d'utiliser sa propre technologie de façon autonome et donc d'être un fournisseur de composants, l'accord restreint la concurrence qui existait avant sa conclusion. Cela peut entraîner des effets négatifs graves sur le marché lorsque le donneur a un grand pouvoir sur le marché des composants.
- (218) En ce qui concerne les accords de licence entre non-concurrents, les obligations d'usage captif peuvent comporter deux grands risques pour la concurrence: une restriction de la concurrence intratechnologique sur le marché de la fourniture des facteurs de production et une exclusion de l'arbitrage entre preneurs, qui confère au donneur une plus grande possibilité d'imposer des redevances discriminatoires aux preneurs.
- (219) 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 entre non-concurrents. En l'absence de restriction, il est possible que le preneur n'accorde pas de licence ou qu'il ne l'accorde qu'en contrepartie de redevances plus élevées, parce que, dans le cas contraire, cela ferait apparaître des concurrents directs sur le marché de composants. Dans de tels cas, une obligation d'usage captif est normalement soit non restrictive de la concurrence soit couverte par l'article 53, paragraphe 3. Il faut toutefois que le preneur ait toute liberté de vendre les produits en cause comme pièces de rechange pour ses propres produits. Il doit être en mesure d'assurer le service après-vente pour ses propres produits, y compris par l'intermédiaire de sociétés de service après-vente indépendantes qui entretiennent et réparent ses produits.
- (220) Lorsque le donneur n'est pas un fournisseur de composants sur le marché de produits 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 de produits. 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.

#### 4.2.6. Licences liées et licences groupées

- (221) 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 y a licences groupées lorsque deux technologies ou une technologie et un produit ne sont vendus que conjointement, dans le cadre d'une vente groupée. Toutefois, dans les deux cas, il faut impérativement que les produits et les technologies en cause soient distincts en ce sens qu'il existe une demande distincte pour chacun des produits et des technologies faisant l'objet des licences liées ou groupées. Ce n'est normalement pas le cas lorsque les technologies ou les produits sont liés par la force des choses de façon telle qu'il soit impossible d'exploiter la technologie concédée sans le produit lié ou l'une des parties des technologies ou produits groupés sans l'autre partie. Dans les paragraphes qui suivent, les termes «licences liées» désigneront tant les licences liées que les licences groupées.
- (222) L'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, qui limite l'application de l'exemption par catégorie par des seuils de parts de marché, garantit que les licences liées et les licences groupées ne bénéficieront pas de l'exemption par catégorie au-delà des seuils de parts de marché de 20 % pour les accords entre concurrents et de 30 % pour les accords entre non-concurrents. Les seuils s'appliquent à tout marché de technologies ou de produits en cause affecté par l'accord de licence, y compris le marché du produit lié. Au-delà de ces seuils, il est nécessaire de peser les effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels de l'accord.
- (223) Le principal effet restrictif des licences liées est d'exclure les fournisseurs concurrents du produit lié. Les licences liées peuvent également permettre au donneur de maintenir un pouvoir sur le marché du produit liant en élevant des barrières à l'entrée, puisqu'elles peuvent contraindre les nouveaux arrivants à pénétrer sur plusieurs marchés à la fois. En outre, elles peuvent 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 liant. 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 un pouvoir de marché pour les produits liants, afin de pouvoir restreindre la concurrence sur les produits liés. En l'absence de pouvoir 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, 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 un verrouillage sensible du marché. Lorsque le donneur dispose d'un certain pouvoir 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» <sup>(88)</sup>.
- (224) Les licences liées peuvent également entraîner des gains d'efficacité. 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 53, 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 veille à ce 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.
- (225) 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. 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 que d'autres catalyseurs. Lorsqu'une restriction de ce type entre dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, les conditions figurant à l'article 53, paragraphe 3, sont susceptibles d'être remplies, même lorsque les parts de marché sont supérieures aux seuils fixés dans le règlement d'exemption par catégorie.

<sup>(88)</sup> En ce qui concerne le cadre analytique applicable, voir la section 4.2.7, ainsi que les points 129 et suivants des lignes directrices de l'Autorité sur les restrictions verticales, citées à la note 44.

#### 4.2.7. Obligations de non-concurrence

- (226) 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 supplémentaire fournis par le donneur, l'obligation relève de la section 4.2.6 relative aux licences liées.
- (227) 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 de 30 % respectivement.
- (228) 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 lorsque plusieurs donneurs l'utilisent dans des accords distincts (c'est-à-dire 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 de 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 %.
- (229) 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'un grand pouvoir 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, il 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 attrayantes 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, l'Autorité appliquera le cadre d'analyse exposé à la section VI.2.1 de ses lignes directrices sur les restrictions verticales <sup>(89)</sup>.
- (230) Lorsque le donneur détient un grand pouvoir 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 qu'elles 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 ces conditions, il est probable que les barrières à l'entrée pour un nouveau donneur soient élevées. Le verrouillage est peut-être moins probable lorsque la technologie est utilisée pour fabriquer un produit vendu à des tiers. Bien que la restriction pèse alors également sur la capacité de production des produits en question, elle ne pèse pas sur la demande en aval des preneurs. Dans de tels cas, les donneurs ont seulement besoin, pour pénétrer sur le marché, d'avoir accès à un ou plusieurs preneurs ayant une capacité de production appropriée. 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 efficaces.
- (231) 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

<sup>(89)</sup> Voir note 44.

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.

- (232) Deuxièmement, les obligations de non-concurrence, éventuellement associées à un territoire exclusif, peuvent être nécessaires pour qu'un preneur soit incité à investir dans la technologie concédée et à l'exploiter efficacement. Lorsque l'accord relève de l'article 53, paragraphe 1, en raison d'un verrouillage sensible, il peut être nécessaire, pour bénéficier de l'article 53, paragraphe 3, de choisir une option moins restrictive consistant par exemple à imposer des obligations de production minimale ou de redevances, deux solutions qui comportent un risque moindre d'exclusion des technologies concurrentes.
- (233) 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 minimale ou de redevances minimales, peuvent s'avérer nécessaires pour inciter le donneur à consentir ces investissements et éviter qu'il 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.

#### 4.3. Accords de règlement

- (234) La concession de droits sur technologie dans des accords de règlement peut servir d'instrument de règlement des litiges ou pour éviter qu'une des parties exerce ses droits de propriété intellectuelle en vue d'empêcher l'autre partie d'exploiter ses propres droits sur technologie <sup>(90)</sup>.
- (235) Les accords de règlement dans le cadre des litiges technologiques constituent en principe, comme dans beaucoup d'autres secteurs des litiges commerciaux, un moyen légitime de trouver un compromis mutuellement acceptable en cas de litige juridique de bonne foi. Les parties peuvent préférer mettre un terme au différend ou au litige parce qu'il s'avère trop coûteux en ressources ou en temps et/ou parce que son issue est incertaine. Le règlement peut également éviter aux tribunaux et/ou aux organismes administratifs compétents d'avoir à statuer sur le litige et peut donc engendrer des avantages augmentant le bien-être. Par ailleurs, il est dans l'intérêt public d'éliminer les droits de propriété intellectuelle non valables, qui constituent des obstacles injustifiés à l'innovation et à l'activité économique <sup>(91)</sup>.
- (236) Les licences, y compris les licences croisées, dans le cadre d'accords de règlement ne constituent généralement pas en soi une restriction de la concurrence, puisqu'elles permettent aux parties d'exploiter leurs technologies après la conclusion de l'accord. Dans les cas où le preneur pourrait être exclu du marché si la licence n'existait pas, l'accès à la technologie en question pour le preneur au moyen d'un accord de règlement ne relève généralement pas de l'article 53, paragraphe 1.
- (237) Toutefois, certaines modalités des accords de règlement peuvent tomber sous le coup de l'article 53, paragraphe 1. Les accords de licence dans le cadre d'accords de règlement sont traités de la même manière que d'autres accords de licence <sup>(92)</sup>. Dans ces cas, il est particulièrement nécessaire de déterminer si les parties sont des concurrents potentiels ou réels.

#### Limitation contre rémunération dans les accords de règlement

- (238) Les accords de règlement du type «pay-for-restriction» (limitation contre rémunération) ou «pay-for-delay» (report contre rémunération) n'impliquent souvent aucun transfert de droits sur technologie, mais reposent sur un transfert de valeur d'une partie en échange d'une limitation de l'entrée et/ou de l'expansion sur le marché de l'autre partie et peuvent relever de l'article 53, paragraphe 1 <sup>(93)</sup>.

<sup>(90)</sup> Le règlement d'exemption par catégorie et ses lignes directrices s'appliquent sans préjudice de l'application de l'article 53 aux accords de règlement qui ne contiennent pas d'accord de licence.

<sup>(91)</sup> Arrêt du 25 février 1986 dans l'affaire 193/83, Windsurfing/Commission, Recueil 1986, p. 611, point 92.

<sup>(92)</sup> Voir l'arrêt du 27 septembre 1988 dans l'affaire 65/86, Bayer/Sulhofer, Recueil 1988, p. 5259, point 15.

<sup>(93)</sup> Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire Lundbeck, non encore publiée.

- (239) Si, toutefois, un accord de règlement porte également sur la concession des droits sur technologie concernés par le litige sous-jacent et entraîne un report ou toute autre limitation de la capacité du preneur à lancer le produit sur l'un quelconque des marchés en question, ledit accord peut tomber sous le coup de l'article 53, paragraphe 1, et devrait alors être apprécié au regard de l'article 4, paragraphe 1, points c) et d), du règlement d'exemption par catégorie (voir la section 3.4.2 ci-dessus). Si les parties à un tel accord sont des concurrents réels ou potentiels et qu'un important transfert de valeur a eu lieu du donneur au preneur, l'Autorité sera particulièrement attentive au risque de répartition des marchés/partage du marché.

#### Licences croisées dans les accords de règlement

- (240) Les accords de règlement par lesquels les parties se concèdent des licences croisées et imposent des restrictions concernant l'utilisation de leurs technologies, y compris des restrictions relatives à la concession de licences à des tiers, peuvent relever de l'article 53, paragraphe 1. Lorsque les parties ont un grand pouvoir de marché et que l'accord impose des restrictions allant manifestement au-delà de ce qui est nécessaire pour débloquer la situation, l'accord est susceptible de relever de l'article 53, paragraphe 1, même s'il est probable qu'il existe une situation de blocage mutuel. L'article 53, paragraphe 1, est notamment susceptible de s'appliquer lorsque les parties se répartissent les marchés ou fixent des redevances courantes réciproques ayant une incidence sensible sur les prix du marché.
- (241) Lorsque l'accord de règlement autorise les parties à utiliser leurs technologies respectives et 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 un grand pouvoir de marché, l'accord est susceptible de relever de l'article 53, paragraphe 1, s'il les empêche d'acquérir de l'avance l'une par rapport à l'autre. Les accords qui suppriment ou limitent considérablement les possibilités de l'une des parties d'acquérir de l'avance par rapport à l'autre réduisent l'incitation à innover et portent donc atteinte à une partie essentielle du jeu de la concurrence. Ce type d'accords a également peu de chances de remplir les conditions mentionnées à l'article 53, paragraphe 3. Il est particulièrement improbable que la restriction puisse être considérée comme indispensable au sens de la troisième condition de l'article 53, paragraphe 3. 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. Toutefois, il est peu probable que les parties se voient empêchées d'acquérir de l'avance l'une par rapport à l'autre lorsque la licence a pour objet de leur permettre de développer leurs technologies respectives et qu'elle ne les conduit pas à utiliser les mêmes solutions technologiques. De tels accords créent seulement une liberté de conception en empêchant de futurs recours de l'autre partie pour violation de ses droits.

#### Clauses de non-contestation dans les accords de règlement

- (242) Dans le cadre d'un accord de règlement, des clauses de non-contestation sont généralement considérées comme ne relevant pas de l'article 53, paragraphe 1. Une caractéristique propre à de tels accords est que les parties conviennent de ne pas contester a posteriori les droits de propriété intellectuelle qui étaient au cœur du litige. En effet, le véritable objectif de l'accord est de régler les litiges existants et/ou d'éviter des litiges futurs.
- (243) Cependant, les clauses de non-contestation contenues dans les accords de règlement peuvent, dans des circonstances spécifiques, être anticoncurrentielles et tomber sous le coup de l'article 53, paragraphe 1. La limitation de la liberté de contester un droit de propriété intellectuelle ne fait pas partie de l'objet spécifique d'un droit de propriété intellectuelle et peut restreindre la concurrence. Par exemple, une clause de non-contestation est susceptible d'être contraire à l'article 53, paragraphe 1, lorsqu'un droit de propriété intellectuelle a été accordé à la suite de la fourniture d'indications inexactes ou dénaturées<sup>(94)</sup>. L'examen de ces clauses peut également être nécessaire si le donneur, outre la concession des droits sur technologie, incite le preneur, financièrement ou par un autre moyen, à accepter de ne pas contester la validité des droits sur technologie ou si ceux-ci sont un facteur nécessaire pour la production du preneur [voir aussi le point (136) ci-dessus].

<sup>(94)</sup> Voir l'arrêt du 6 décembre 2012 dans l'affaire C-457/10 P, AstraZeneca/Commission.

#### 4.4. Accords de regroupement de technologies

- (244) Les accords de regroupement de technologies sont des accords par lesquels deux parties ou plus regroupent un ensemble de technologies qui sont concédées non seulement aux parties à l'accord, mais aussi 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.
- (245) Il n'y a pas de lien systématique entre les accords de regroupement de technologies et les normes, mais, souvent, les technologies en cause couvrent, entièrement ou en partie, une norme industrielle de fait ou de droit <sup>(95)</sup>. Des accords de regroupement de technologies différents peuvent couvrir des normes concurrentes <sup>(96)</sup>. Les regroupements de technologies peuvent être favorables à la concurrence, notamment en réduisant les coûts des opérations et en limitant les redevances cumulatives afin d'éviter une double marginalisation. Le regroupement permet la concession en une seule opération des licences relatives aux technologies concernées. Cela est particulièrement important 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. Les accords de regroupement de brevets peuvent aussi jouer un rôle bénéfique dans la mise en œuvre de normes favorisant la concurrence.
- (246) Les accords de regroupement de technologies peuvent aussi restreindre la concurrence. De tels accords impliquent nécessairement la vente en commun des technologies regroupées, ce qui, lorsqu'il s'agit uniquement ou principalement 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 avoir pour effet, notamment lorsqu'ils couvrent une norme industrielle ou créent une norme industrielle de fait, de réduire l'innovation en excluant d'autres technologies du marché. L'existence de la norme et d'un regroupement de technologies qui y est lié peut rendre plus difficile la pénétration sur le marché de technologies nouvelles et améliorées.
- (247) Les accords créant des regroupements de technologies et définissant leurs modalités de fonctionnement ne sont pas couverts par l'exemption par catégorie, quel que soit le nombre des parties concernées, étant donné que l'accord de regroupement n'autorise pas un preneur spécifique à produire des produits contractuels (voir la section 3.2.4 ci-dessus). De tels accords ne sont examinés que dans les 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. La concession de licences dans le cas d'un regroupement de technologies est généralement un accord multipartite compte tenu du fait que les parties à l'accord déterminent les conditions de cette concession d'un commun accord; elle n'est donc pas couverte par l'exemption par catégorie. Ce type de concession est traité au point (261) et à la section 4.4.2 ci-dessous.

##### 4.4.1. *Appréciation de la mise en place et du fonctionnement des regroupements de technologies*

- (248) 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 pro-concurrentiel. Lors de l'appréciation des risques pour la concurrence et des gains d'efficacité possibles, l'Autorité tiendra notamment compte de la transparence du processus de création d'un regroupement, de la sélection et de la nature des technologies regroupées, y compris la mesure dans laquelle des experts indépendants sont associés à la mise en place et au fonctionnement de l'accord, et de l'instauration éventuelle de mesures de protection contre les échanges d'informations sensibles et de mécanismes indépendants de règlement des litiges.

##### Participation ouverte

- (249) Lorsque la participation à un processus de création d'une norme et d'un regroupement est ouverte à toutes les parties intéressées, 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.

<sup>(95)</sup> En ce qui concerne le traitement des normes et le traitement des accords de normalisation, voir les points 257 et suivants des lignes directrices horizontales, citées à la note 29.

<sup>(96)</sup> 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.

## Sélection et nature des technologies regroupées

- (250) Les risques que les regroupements de technologie peuvent poser sur le plan de la concurrence, ainsi que leur capacité à améliorer les gains d'efficacité, dépendent dans une large mesure du rapport entre les technologies regroupées et les autres technologies. Il convient d'opérer deux distinctions fondamentales: a) entre les compléments technologiques et les substituts technologiques; et b) entre les technologies essentielles et les technologies non essentielles.
- (251) Deux technologies constituent des compléments, mais non des substituts, lorsqu'elles sont toutes deux nécessaires pour fabriquer le produit ou réaliser le processus auxquels les technologies s'appliquent. Inversement, deux technologies constituent des substituts lorsque chacune d'entre elles permet au preneur de fabriquer le produit ou de réaliser le processus auxquels les technologies s'appliquent.
- (252) Une technologie peut être essentielle: a) pour fabriquer un produit particulier ou réaliser un processus particulier auxquels les technologies regroupées s'appliquent; ou b) pour fabriquer ce produit ou réaliser ce processus conformément à une norme qui inclut les technologies regroupées. Dans le premier cas, une technologie est considérée comme essentielle (par opposition à une technologie non essentielle) s'il n'existe pas de substitut viable (d'un point de vue tant commercial que technique) pour cette technologie parmi les technologies regroupées ou parmi les autres, et si la technologie en question constitue une partie nécessaire de l'ensemble des technologies regroupées pour fabriquer le ou les produits ou réaliser le ou les processus auxquels le regroupement s'applique. Dans le second cas, une technologie est considérée comme essentielle si elle constitue une partie nécessaire (c'est-à-dire qu'il n'existe pas de substitut valable) des technologies regroupées nécessaires pour respecter la norme dont le regroupement (technologies essentielles types) est à la base. Des technologies essentielles sont nécessairement aussi complémentaires. Le fait que le titulaire d'une technologie déclare simplement qu'une technologie est essentielle n'implique pas que cette technologie est essentielle selon les critères décrits dans le présent point.
- (253) 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 de regroupement de technologies 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 pour sa propre technologie sans tenir compte du fait que des redevances plus élevées pour une technologie auront généralement pour effet de réduire la demande de technologies complémentaires. Si les redevances pour les technologies complémentaires sont fixées individuellement, le total de ces redevances peut souvent dépasser le montant qui serait fixé collectivement par les parties à un accord de regroupement pour l'ensemble des mêmes technologies complémentaires. L'appréciation du rôle des substituts en dehors de l'accord de regroupement est exposée au point (262) ci-dessous.
- (254) La distinction entre les technologies complémentaires et les technologies de substitution 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'efficacité 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 supplémentaires que cela pourrait leur procurer par rapport à l'utilisation d'une seule d'entre elles. En l'absence de telles preuves, fondées sur la demande, de la complémentarité des technologies regroupées, on peut penser que ces technologies sont des compléments si: i) les parties qui contribuent à l'accord de regroupement par l'apport de technologies restent libres de concéder leurs technologies individuellement; et ii) que les parties à l'accord de regroupement sont disposées, outre la concession de l'ensemble de leurs technologies, de concéder également des licences pour la technologie de chaque partie séparément; et iii) que le total des redevances facturées pour la prise de licences distinctes pour toutes les technologies regroupées ne dépasse pas les redevances facturées par les parties à l'accord de regroupement pour l'ensemble du paquet de technologies.
- (255) L'inclusion de technologies de substitution dans l'accord de regroupement restreint généralement la concurrence intertechnologique étant donné qu'elle peut produire les mêmes résultats que des licences groupées collectives et déboucher sur un accord de fixation des prix entre concurrents. En règle générale, l'Autorité estime que l'inclusion de substituts significatifs dans le regroupement de technologies constitue une violation de l'article 53, paragraphe 1, et qu'il est peu probable que les conditions énoncées à l'article 53, paragraphe 3, soient remplies dès lors que les technologies regroupées comportent de nombreux substituts. 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. Pour remédier aux problèmes de concurrence, il ne suffit pas 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 pouvoir de marché.

### Sélection et fonction des experts indépendants

- (256) Un autre facteur important dans l'appréciation des risques pour la concurrence et des gains d'efficacité est la mesure dans laquelle des experts indépendants sont associés à la mise en place et au fonctionnement de l'accord de regroupement de technologies. Déterminer si une technologie est ou non essentielle à une norme à la base de laquelle se trouve 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. Lorsque la sélection des technologies à inclure dans l'accord est effectuée par un expert indépendant, il peut également en résulter une concurrence accrue entre les différentes solutions technologiques disponibles.
- (257) L'Autorité tiendra compte de la façon dont les experts sont sélectionnés et de la nature de leurs fonctions. Les experts devraient être indépendants des entreprises qui ont conclu l'accord. S'ils sont liés aux donneurs (ou à l'activité de concession du regroupement) ou dépendants d'eux, un poids moins important 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.
- (258) Enfin, les mécanismes de règlement des litiges prévus lors de la mise en place de l'accord sont pertinents et devraient être pris en compte. Si la résolution des litiges est confiée à des organismes ou à des personnes qui sont indépendants du regroupement et des parties à l'accord, le règlement des litiges aura plus de chance de fonctionner de façon neutre.

### Mesures de protection contre les échanges d'informations sensibles

- (259) Il convient également d'examiner les dispositions relatives à l'échange d'informations sensibles entre les parties <sup>(97)</sup>. Sur des marchés oligopolistiques, l'échange d'informations sensibles, par exemple les données sur les prix et la production, peut faciliter la collusion <sup>(98)</sup>. Dans de tels cas, l'Autorité 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 affectés.
- (260) Un soin particulier doit être porté à la mise en place de telles mesures de protection si les parties intéressées participent simultanément à des efforts de mise en place d'accords de regroupement de normes concurrentes lorsque cela peut conduire à l'échange d'informations sensibles entre des regroupements concurrents.

### Sphère de sécurité

- (261) La mise en place et le fonctionnement de l'accord de regroupement, y compris la concession de licences, n'entre généralement pas dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1, quelle que soit la position des parties sur le marché, si toutes les conditions suivantes sont respectées:
- la participation au processus de création d'une norme et d'un regroupement est ouverte à tous les titulaires de droits sur technologie intéressés;
  - des mesures de protection suffisantes sont adoptées pour garantir que seules des technologies essentielles (et donc aussi nécessairement complémentaires) sont regroupées;
  - des mesures de protection suffisantes sont adoptées pour garantir que les échanges d'informations sensibles (comme les données sur les prix et la production) se limitent à ce qui est nécessaire à la mise en place et au fonctionnement de l'accord de regroupement;
  - les technologies regroupées sont concédées dans le cadre de l'accord de regroupement sur une base non exclusive;
  - les technologies regroupées sont concédées à tous les preneurs potentiels à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (conditions FRAND) <sup>(99)</sup>;

<sup>(97)</sup> Pour obtenir davantage de détails sur le partage d'informations, voir les points 55 et suivants des lignes directrices horizontales, citées à la note 29.

<sup>(98)</sup> Voir, à cet égard, l'arrêt dans l'affaire John Deere, cité à la note 13.

<sup>(99)</sup> Pour obtenir davantage de détails sur les conditions FRAND, voir les points 287 et suivants des lignes directrices horizontales, citées à la note 29.

- f) les parties qui contribuent à l'accord de regroupement par l'apport de technologies et les preneurs sont libres de contester la validité et le caractère essentiel des technologies regroupées; et
- g) les parties qui contribuent à l'accord de regroupement par l'apport de technologies et le preneur restent libres de développer des produits et des technologies concurrents.

#### En dehors de la sphère de sécurité

- (262) Lorsque l'accord porte sur des brevets significatifs complémentaires mais non essentiels, il existe un risque d'exclusion des technologies de tiers. Dès lors qu'une technologie est couverte par l'accord et 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 le ou les produits ou réaliser le ou les processus auxquels s'appliquent les technologies regroupées ou pour respecter la norme qui inclut la technologie regroupée contraint également les preneurs à payer pour des technologies dont ils n'ont peut-être pas besoin. Inclure une telle technologie complémentaire revient donc à opter collectivement pour la pratique des licences groupées. Lorsque des technologies regroupées englobent des technologies non essentielles, l'accord tombe vraisemblablement sous le coup de l'article 53, paragraphe 1, dès lors que les parties à l'accord occupent une position importante sur l'un des marchés en cause.
- (263) Des technologies de substitution et complémentaires pouvant être mises au point après la création du regroupement, la nécessité d'apprécier le caractère essentiel ne prend pas nécessairement fin lors de ladite création. Une technologie peut devenir non essentielle après la création du regroupement en raison de l'émergence de nouvelles technologies tierces. Lorsqu'il est porté à l'attention des parties à l'accord qu'une telle nouvelle technologie tierce est offerte aux preneurs et demandée par ceux-ci, des problèmes de verrouillage peuvent être évités en proposant aux preneurs nouveaux et existants une licence sans la technologie qui a perdu son caractère essentiel contre une redevance réduite en conséquence. Il peut cependant y avoir d'autres moyens d'empêcher l'exclusion des technologies des tiers.
- (264) Lors de l'appréciation des accords de regroupement de technologies comprenant des technologies non essentielles mais complémentaires, l'Autorité vérifiera notamment, dans son appréciation globale, les facteurs suivants:
- a) s'il existe des raisons proconcurrentielles d'inclure les technologies non essentielles dans l'accord, par exemple du fait des coûts liés à l'appréciation du caractère essentiel de toutes les technologies, compte tenu du nombre élevé de technologies concernées;
  - b) si 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 souhaiter 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) si, lorsque les technologies regroupées donnent lieu à des applications différentes, dont certaines ne requièrent pas l'utilisation de toutes les technologies, elles ne peuvent être concédées que globalement, ou si des ensembles séparés sont proposés pour des applications distinctes, chacun ne comprenant que les technologies concernées par l'application en question: dans ce dernier cas, des technologies non essentielles pour un produit ou un processus déterminés ne sont pas liées à des technologies essentielles;
  - d) si les technologies regroupées ne peuvent être concédées que globalement ou si les preneurs ont la possibilité d'obtenir une licence pour une partie seulement d'entre elles, avec une réduction correspondante de la redevance. La possibilité d'obtenir une licence pour une partie des technologies seulement peut réduire le risque d'exclusion du marché de technologies appartenant à des tiers et qui ne sont pas couvertes par l'accord, notamment si le preneur obtient une réduction correspondante des redevances. Cela nécessite une ventilation des redevances globales 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.
- (265) Même les accords de regroupement de technologies qui restreignent la concurrence peuvent entraîner des gains d'efficacité favorables à la concurrence [voir le point (245) ci-dessus], qui doivent être examinés au regard de l'article 53, paragraphe 3, et mis en balance avec les effets négatifs sur la concurrence. Par exemple, si les accords de regroupement de brevets incluent des brevets non essentiels mais remplissent tous les autres critères de la sphère de sécurité énumérés au point (261), s'il existe des raisons proconcurrentielles d'inclure des brevets non essentiels dans l'accord [voir le point (264) ci-dessus] et si les preneurs ont la possibilité d'obtenir une licence pour une partie seulement d'entre elles, avec une réduction correspondante de la redevance [voir le point (264) ci-dessus], les conditions de l'article 53, paragraphe 3, sont vraisemblablement remplies.

#### 4.4.2. *Appréciation des restrictions individuelles dans les accords entre les parties à l'accord de regroupement et ses preneurs*

- (266) Si l'accord visant à mettre en place un regroupement de technologies n'enfreint pas l'article 53, l'étape suivante consiste à apprécier l'effet sur la concurrence des licences faisant l'objet d'un accord entre les parties à l'accord de regroupement et ses preneurs. Les conditions auxquelles ces licences sont accordées peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 53, paragraphe 1. La présente section concerne un certain nombre de restrictions que l'on retrouve couramment, sous l'une ou l'autre forme, dans les accords de licence des regroupements de technologies, et qui doivent être appréciées dans le contexte global de l'accord. De manière générale, le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique pas aux accords de licence conclus entre les parties à un accord de regroupement de technologies et des preneurs tiers [voir le point (247) ci-dessus]. La présente section porte donc sur l'appréciation individuelle des problèmes propres à la concession de licences dans le cadre des regroupements de technologies.
- (267) Lors de son appréciation des accords de transfert de technologie entre les parties à un accord de regroupement et ses preneurs, l'Autorité s'appuiera essentiellement sur les principes suivants:
- a) plus la position des parties à l'accord de regroupement est forte, plus le risque d'effets anticoncurrentiels est élevé;
  - b) plus la position sur le marché des parties à l'accord de regroupement est forte, plus il est probable que la décision de ne pas concéder les technologies à tous les preneurs potentiels ou de les concéder à des conditions discriminatoires enfreindra l'article 53;
  - c) les accords de regroupement ne devraient pas exclure indûment des technologies appartenant à des tiers ou limiter la création d'autres regroupements;
  - d) les accords de transfert de technologies ne devraient contenir aucune des restrictions caractérisées énumérées à l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie (voir la section 3.4).
- (268) Les entreprises qui concluent un accord de regroupement de technologies compatible avec l'article 53 sont normalement libres de négocier et de fixer les redevances pour les technologies concernées (sous réserve de tout engagement de concéder la licence à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, FRAND) ainsi que la part de chacune de ces technologies dans les redevances totales, soit avant soit après la fixation de la norme. 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. Dans certaines circonstances, il peut être plus efficace de se mettre d'accord sur les redevances du regroupement avant de choisir la norme, afin d'éviter que le choix de cette norme augmente le montant de la redevance en conférant un important pouvoir de marché à une ou à plusieurs technologies essentielles. En revanche, les preneurs doivent rester libres de déterminer le prix des produits qui seront produits sous licence.
- (269) Lorsque les technologies regroupées détiennent une position dominante sur le marché, les redevances et les autres éléments de l'accord devront être non excessifs et non discriminatoires; quant aux licences, elles devront être non exclusives<sup>(100)</sup>. Ces conditions doivent être remplies pour garantir que l'accord reste ouvert et n'entraîne pas le verrouillage du marché ni 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 de l'accord de regroupement ne devrait notamment pas dépendre du fait qu'ils soient ou non également donneurs de licence. C'est pourquoi l'Autorité examinera si les donneurs et les preneurs sont également soumis aux mêmes obligations de paiement de redevances.
- (270) Les donneurs et les preneurs de licence devraient pouvoir développer des produits et des normes concurrents. Ils devraient également pouvoir concéder et obtenir 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. Lorsque des technologies regroupées sont à la base d'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.
- (271) Les obligations de rétrocession devront être non exclusives et limitées aux développements indispensables ou importants pour l'utilisation des technologies regroupées. Les parties à l'accord pourront alors tirer parti et bénéficier des améliorations apportées à ces technologies. Il est légitime pour les parties de s'assurer par des obligations de rétrocession que l'exploitation des technologies regroupées ne puisse être entravée par des preneurs, y compris des sous-traitants travaillant sous la licence du preneur, qui détiennent ou s'approprient à obtenir des brevets essentiels.

<sup>(100)</sup> Toutefois, si un accord de regroupement de technologies n'a aucun pouvoir de marché, la concession de licences dans le cadre de cet accord ne sera normalement pas constitutive d'une violation de l'article 53, paragraphe 1, même si ces conditions ne sont pas remplies.

- (272) L'un des problèmes que posent les accords de regroupement de technologies est qu'ils risquent de protéger des brevets non valables. Le regroupement peut augmenter les coûts et les risques que suppose une contestation fructueuse, 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. Dans ce contexte, les clauses de non-contestation, y compris les clauses de résiliation <sup>(101)</sup>, incluses dans un accord de transfert de technologies entre les parties à un accord de regroupement et des tiers relèvent vraisemblablement de l'article 53, paragraphe 1.
- (273) Les accords de regroupement incluent souvent à la fois des brevets et des demandes de brevets. Si les demandeurs de brevets qui présentent leurs demandes auprès des parties à l'accord de regroupement appliquent, le cas échéant, les procédures de demande de brevet qui en accélèrent l'octroi, la vérification de la validité et du champ d'application de ces brevets sera plus rapide.
- 

<sup>(101)</sup> Voir la section 3.5.