

## COMMUNICATION DE LA COMMISSION

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

(2004/C 101/02)

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

## I. INTRODUCTION

1. Les présentes lignes directrices définissent les principes régissant l'appréciation des accords de transfert de technologie en vertu de l'article 81 du traité. Les accords de transfert de technologie portent sur la concession de licences relatives à des technologies, dans le cadre desquelles le donneur de licence autorise le preneur à exploiter la technologie concédée pour la production de biens ou de services, conformément à la définition figurant à l'article 1, paragraphe 1, point b), du règlement CE n° 773/2004 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie (règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie) <sup>(1)</sup>.
2. Ces lignes directrices ont pour objectif de fournir des orientations sur l'application du règlement d'exemption par catégorie, ainsi que sur l'application de l'article 81 aux accords de transfert de technologie n'entrant pas dans le champ d'application de ce règlement. Le règlement d'exemption par catégorie et les lignes directrices ne portent pas atteinte à une application parallèle éventuelle de l'article 82 du traité aux accords de licence <sup>(2)</sup>.
3. Les critères exposés dans les présentes lignes directrices doivent être appliqués en fonction des circonstances propres à chaque cas, ce qui exclut toute application mécanique. Chaque cas doit être apprécié en fonction de ses caractéristiques propres et les lignes directrices doivent être appliquées de façon raisonnable et flexible. Les exemples ne sont donnés qu'à titre d'illustration et ne se veulent pas exhaustifs. La Commission observera comment le règlement et les lignes directrices sont appliqués dans le cadre du nouveau système d'application instauré par le règlement (CE) n° 1/2003 <sup>(3)</sup>, pour voir s'il convient éventuellement d'y apporter des modifications.
4. Les présentes lignes directrices sont applicables sans préjudice de l'interprétation de l'article 81 et du règlement d'exemption par catégorie qui pourrait être donnée par la Cour de justice et par le Tribunal de première instance.

## II. PRINCIPES GÉNÉRAUX

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

5. L'objectif global de l'article 81 est de sauvegarder la concurrence sur le marché afin de promouvoir le bien-être des consommateurs ainsi qu'une répartition efficace des ressources. L'article 81, paragraphe 1, interdit tous accords et pratiques concertées entre entreprises et toutes décisions d'associations d'entreprises <sup>(4)</sup> qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres <sup>(5)</sup> et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence <sup>(6)</sup>. Par dérogation à cette règle, l'article 81, paragraphe 3, dispose que l'interdiction prévue à l'article 81,

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, notamment en la concédant sous licence à des tiers. Dès lors qu'un produit comportant un droit de propriété intellectuelle a été mis sur le marché dans l'EEE par le titulaire du droit ou avec son consentement, le droit de propriété intellectuelle est épuisé en ce sens que le titulaire ne peut plus l'utiliser pour contrôler la vente du produit en question <sup>(7)</sup> (principe de l'épuisement d'un droit dans la Communauté). 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 <sup>(8)</sup>. Le principe de l'épuisement d'un droit dans la Communauté 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. Les articles 81 et 82 sont notamment applicables aux accords par lesquels le donneur concède à une autre entreprise une licence d'exploitation de ses droits de propriété intellectuelle <sup>(9)</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 communautaires. En effet, ces deux corpus législatifs ont le même objectif fondamental, qui est de promouvoir le bien-être des consommateurs ainsi qu'une répartition efficace des ressources. L'innovation constitue une composante essentielle et dynamique d'une économie de marché ouverte et concurrentielle. Les droits de propriété intellectuelle favorisent une concurrence dynamique, en encourageant les entreprises à investir dans le développement de produits et de processus nouveaux ou améliorés. C'est aussi ce que fait la concurrence 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.

8. Lors de l'appréciation des accords de licence en vertu de l'article 81, 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 normalement être libre de demander, pour les projets couronnés de succès, une compensation suffisante pour maintenir les incitations à investir, en tenant compte des projets qui ont échoué. La concession de technologies sous licence peut également exiger du preneur d'importants investissements à fonds perdus dans la technologie concédée et les actifs de production nécessaires à son exploitation. Il n'est pas possible d'appliquer l'article 81 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 81, paragraphe 1, ou remplisse les conditions énoncées à l'article 81, 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 81, le cadre d'analyse existant est suffisamment souple pour tenir dûment compte des aspects dynamiques des licences de 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. 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 en vertu de l'article 81, paragraphe 3, et mis en regard des effets négatifs sur la concurrence<sup>(10)</sup>. La plupart des accords de licence sont par conséquent compatibles avec l'article 81.

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

10. L'article 81, 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>(11)</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>(12)</sup>. L'article 81, 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 ci-après constituent un cadre utile pour effectuer cette appréciation. 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 dans cette double optique avant de pouvoir déterminer s'il y a ou non restriction de la concurrence au sens de l'article 81, 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 81, paragraphe 1. Cette appréciation doit tenir compte de la concurrence entre les parties et de la concurrence exercée par des tiers. Par exemple, lorsque deux entreprises établies dans des États membres différents se concèdent des licences croisées sur des technologies concurrentes et s'engagent à ne pas vendre de produits sur leurs marchés nationaux respectifs, la concurrence (potentielle) qui existait avant l'accord est restreinte. De même, lorsqu'un donneur impose à ses preneurs de ne pas utiliser de technologies concurrentes et que ces obligations ont pour effet d'exclure des technologies tierces, la concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé si l'accord n'avait pas été conclu, est restreinte.

b) L'accord restreint-il une concurrence réelle ou potentielle qui aurait existé en l'absence de la ou des restrictions contractuelles? Si oui, il peut entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1. À titre d'exemple, si un donneur de licence limite la concurrence entre ses preneurs, 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, dans certains cas, certaines restrictions peuvent ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, lorsqu'elles sont objectivement nécessaires à l'existence d'un accord de ce type ou de cette nature<sup>(13)</sup>. Cette exclusion du champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, ne peut se faire que sur la base de facteurs objectifs extérieurs aux parties et non sur la base des opinions subjectives et des caractéristiques des parties. Il ne s'agit pas de 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. C'est ainsi que dans un accord entre non-concurrents, des restrictions territoriales peuvent ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, pendant une certaine période si elles sont objective-

ment nécessaires pour qu'un preneur puisse pénétrer sur un nouveau marché. 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. L'argument selon lequel, s'il n'y avait pas eu de restriction, le fournisseur aurait eu recours à l'intégration verticale ne suffit pas. Les décisions d'opérer ou non une intégration verticale dépendent d'un large éventail de facteurs économiques complexes, dont plusieurs sont internes à l'entreprise concernée.

13. Lors de l'application du cadre analytique décrit au point précédent, il convient de tenir compte du fait que l'article 81, paragraphe 1, établit une distinction entre les accords dont l'objet est de restreindre la concurrence et ceux dont l'effet est de restreindre la concurrence. Un accord ou une restriction contractuelle ne sont interdits par l'article 81, 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 communautaires, ont de telles chances de produire des effets négatifs sur la concurrence qu'il est superflu de démontrer les effets réels sur le marché aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1<sup>(14)</sup>. En outre, il est peu probable que, dans le cas des restrictions par objet, les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, soient remplies. Plusieurs facteurs permettent d'apprécier si un accord a ou non pour objet de restreindre la concurrence. Il s'agit notamment du contenu de l'accord et des buts objectifs qu'il poursuit. Il peut aussi s'avérer nécessaire d'examiner le contexte dans lequel il sera appliqué ou le comportement effectif des parties sur le marché<sup>(15)</sup>. En d'autres termes, avant d'établir si une restriction déterminée est une restriction caractérisée de la concurrence, 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. Pour les accords de licence, la Commission estime que les restrictions figurant dans la liste des restrictions caractérisées de la concurrence citées à l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie constituent des restrictions de par leur objet même.
15. Si un accord n'est pas restrictif par objet, il convient d'examiner s'il a des effets restreignant la concurrence. Tant les effets réels que potentiels doivent être pris en compte<sup>(16)</sup>. En d'autres termes, l'accord doit avoir des effets anticoncurrentiels probables. 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 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>(17)</sup>. Un accord est susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels sensibles lorsque l'une au moins des parties possède ou obtient une certaine puissance de marché et que l'accord contribue à la création, au maintien ou au renforcement de cette puissance ou permet aux parties d'exploiter leur puissance de marché. La puissance de marché se définit comme la capacité de maintenir les prix à un niveau supérieur à celui de prix compétitifs, ou la production à un niveau inférieur à ce que devrait être une production compétitive en termes de quantités, de qualité et de variété des produits ainsi que d'innovation, et ce pendant une période non négligeable. Le degré de puissance de marché normalement requis pour pouvoir conclure à une infraction à l'article 81, paragraphe 1, est inférieur à celui qui est requis pour conclure à une position dominante au sens de l'article 82.
16. Pour analyser les restrictions de la concurrence par effet, il convient normalement de définir le marché en cause et d'examiner et apprécier, entre autres, la nature des produits et des technologies concernés, la position des parties sur le marché, la position des concurrents sur le marché, la position des acheteurs sur le marché, la présence de concurrents potentiels et l'importance des barrières à l'entrée. Toutefois, dans certains cas, il peut être possible de montrer des effets anticoncurrentiels directement en analysant le comportement des parties à l'accord sur le marché. Il peut par exemple être possible d'établir qu'un accord a entraîné des hausses de prix.
17. Les accords de licence ont cependant aussi un fort potentiel pro-concurrentiel. En fait, la grande majorité d'entre eux sont 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 également 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 81, paragraphe 1, ses effets favorables à la concurrence et ses effets restrictifs doivent être comparés, à la lumière de l'article 81, paragraphe 3. Si les quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont remplies, l'accord de licence restrictif en cause est valable et applicable, et aucune décision préalable à cet effet n'est requise<sup>(18)</sup>. Les restrictions caractérisées de la concurrence ne remplissent qu'exceptionnellement les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. En général, de tels accords ne remplissent pas (au moins) l'une des deux premières conditions. Ils n'apportent généralement pas d'avantages économiques objectifs ni d'avantages pour les consommateurs. En outre, les accords de ce type ne satisfont pas non plus à la troisième condition, qui a trait au caractère indispensable des restrictions. Par exemple, si les parties fixent le prix auquel les produits fabriqués sous licence doivent être vendus, cela entraînera généralement 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.
- 3. Définition du marché**
19. L'approche de la Commission en matière de définition du marché en cause figure dans sa communication sur la définition du marché<sup>(19)</sup>. Les présentes lignes directrices abordent uniquement les aspects de la définition du marché qui présentent une importance particulière dans le domaine des accords de licence de technologies.
20. La technologie est un facteur de production qui est intégré soit dans un produit soit dans un processus de production. La concession de technologies sous licence peut donc affecter la concurrence sur le marché tant des facteurs de production que des produits finis. À titre d'exemple, un accord entre deux parties qui vendent des produits concurrents et qui s'accordent des licences croisées pour les technologies relatives à la fabrication de ces produits, peut restreindre la concurrence sur le marché de produits en cause. Il peut également restreindre la concurrence sur le marché des technologies et éventuellement aussi sur les marchés d'autres facteurs de production. Pour apprécier les effets des accords de licence sur la concurrence, il peut donc s'avérer nécessaire de définir les marchés de biens et de services en cause (marchés de produits), mais aussi les marchés de technologies<sup>(20)</sup>. Le terme «marché de produits» utilisé à l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie se réfère aux marchés de biens et de services, à la fois sous leur aspect géographique et sous leur aspect matériel de «produits». Ainsi qu'il ressort clairement de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point j), du règlement, ce terme n'est utilisé que pour distinguer les marchés de biens et de services en cause des marchés de technologies en cause.
21. Le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices concernent les effets sur les marchés de produits tant finals qu'intermédiaires. Le marché de produits en cause englobe des produits considérés par les acheteurs comme interchangeables avec les produits contractuels comportant la technologie concédée ou substituables à ces produits, en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.
22. Les marchés de technologies comprennent la technologie concédée sous licence et ses substituts, c'est-à-dire d'autres technologies considérées par les preneurs de licence comme interchangeables avec la technologie concédée ou substituables à cette technologie, en raison de leurs caractéristiques, des redevances dont elles font l'objet et de l'usage auquel elles sont destinées. La méthode utilisée pour définir les marchés de technologies repose sur les mêmes principes que celle utilisée pour définir les marchés de produits. À partir de la technologie commercialisée par le donneur de licence, 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 des redevances. Une autre solution serait d'examiner le marché des produits comportant la technologie concédée (voir le point 23 ci-dessous).
23. 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 façon de procéder peut toutefois se révéler purement théorique et non pratique, en raison de l'absence d'informations claires sur les redevances, etc. Une autre approche, qui est celle utilisée à l'article 3, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, consiste à calculer les parts détenues sur le marché de technologies sur la base des ventes de produits comportant la technologie concédée sur les marchés de produits situés en aval (voir point 70 ci-dessous). Avec cette approche, toutes les ventes sur le marché de produits en cause sont prises en considération, que le produit comporte ou non une technologie concédée sous licence. Dans le cas des marchés de technologies, l'approche adoptée à l'article 3, paragraphe 3, pour tenir compte des technologies utilisées (seulement) en interne, est justifiée. En effet, elle constitue souvent un bon indicateur de la puissance de la technologie. Premièrement, elle englobe la concurrence potentielle d'entreprises fabriquant les produits avec leur propre technologie et qui sont susceptibles de commencer à concéder celle-ci sous licence en réaction à une augmentation légère, mais permanente, du prix des licences. Deuxièmement, même s'il est peu probable que d'autres détenteurs de technologies commencent à les concéder sous licence, le donneur de licence n'est pas nécessairement puissant sur le marché de technologies, même s'il possède une part élevée des revenus des licences. Si le marché de produits situé en aval est concurrentiel, la concurrence qui s'exerce à ce niveau peut effectivement peser sur le donneur de licence. Une augmentation des redevances en amont pèse sur les coûts du preneur de licence, ce qui le rend moins concurrentiel et lui fait perdre des ventes. La part détenue par une technologie sur un marché de produits reflète également cet élément et constitue donc normalement un bon indicateur de la puissance de marché du donneur de licence. Dans certains cas n'entrant pas dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, il peut s'avérer nécessaire, lorsque cela est possible en pratique, d'appliquer les deux approches décrites ci-dessus, afin d'apprécier avec plus de précision la puissance de marché du donneur de licence.

24. En outre, en dehors du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, il faut également tenir compte du fait que la part de marché ne constitue pas toujours un bon indicateur de la puissance relative des technologies disponibles. Outre les technologies contrôlées par les parties à l'accord, la Commission tiendra donc également compte, entre autres, du nombre de technologies disponibles contrôlées par des tiers pouvant remplacer la technologie concédée à un coût comparable pour l'utilisateur (voir le point 131 ci-dessous).
25. Certains accords de licence peuvent avoir une incidence sur les marchés de l'innovation. Toutefois, lorsqu'elle analyse cette incidence, la Commission se limite normalement à examiner l'impact de l'accord sur la concurrence sur les marchés de produits et de technologies existants<sup>(21)</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. Toutefois, dans un nombre limité de cas, il peut être utile et nécessaire de définir également des marchés de l'innovation. C'est notamment le cas lorsque l'accord affecte l'innovation destinée à créer de nouveaux produits et lorsqu'il est possible de déterminer très tôt des pôles de recherche et de développement<sup>(22)</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.
- #### 4. Distinction entre concurrents et non-concurrents
26. 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 basée sur la qualité entre preneurs de licence que dans le cas d'accords verticaux portant sur la revente de produits.
27. 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.
28. Si le donneur et le preneur de la licence opèrent tous deux sur le même marché de produits ou le même marché de technologies sans que les parties ou l'une d'entre elles enfreignent les droits de propriété intellectuelle de l'autre partie, ils sont des *concurrents réels* sur le marché concerné. Les parties sont considérées comme des concurrents réels sur le marché de technologies si le preneur concède déjà sa technologie sous licence et que le donneur pénètre sur le marché de technologies en concédant au preneur une licence sur une technologie concurrente.
29. Les parties sont considérées comme des *concurrents potentiels* sur le marché de produits si, en l'absence d'accord et sans enfreindre les droits de propriété intellectuelle de l'autre partie, elles auraient probablement engagé les investissements supplémentaires nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause en réaction à une augmentation légère, mais permanente, des prix des produits. Pour constituer une pression concurrentielle réaliste, la pénétration doit être susceptible d'intervenir dans un bref délai. 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 brevets de blocage (voir point 32 ci-dessous).
30. Les parties sont considérées comme des concurrents potentiels sur le marché de technologies lorsqu'elles possèdent des technologies substituables si, dans le cas en cause, le preneur ne concède pas sa propre technologie sous licence, à condition qu'il soit susceptible de le faire en réaction à une augmentation légère, mais permanente, des prix de la technologie en cause. Toutefois, 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 point 66 ci-dessous).

31. 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 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. La Commission 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 article 4, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie). 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 de produits avant la concession de la licence et que le donneur pénètre ensuite sur ce marché sur la base de la technologie concédée 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 est modifié ultérieurement sur un point essentiel (voir l'article 4, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie).
32. Si les parties possèdent des technologies qui sont dans une position de blocage unilatéral ou bilatéral, elles sont considérées comme n'étant pas des concurrents sur le marché de technologies. Il y a situation de blocage unilatéral lorsqu'une technologie ne peut pas être exploitée sans empiéter sur une autre technologie. C'est par exemple le cas lorsqu'un brevet couvre une amélioration d'une technologie couverte par un autre brevet. Dans ce cas, l'exploitation du brevet couvrant l'amélioration présuppose que le titulaire obtienne une licence pour le brevet de base. Il y a situation de blocage bilatéral quand aucune des deux technologies ne peut être exploitée sans empiéter sur l'autre et que les titulaires doivent donc obtenir une licence ou une dérogation l'un de l'autre. Pour déterminer s'il y a une situation de blocage, la Commission s'appuie sur des facteurs objectifs, et non sur l'opinion subjective des parties. Des preuves particulièrement convaincantes de l'existence d'une situation de blocage sont requises lorsque les parties peuvent avoir un intérêt commun à prétendre qu'une telle situation existe afin d'être qualifiées de non-concurrents, par exemple lorsque la situation de blocage bilatéral alléguée concerne des technologies qui sont des substituts technologiques. Parmi les preuves pertinentes, on peut citer les décisions des tribunaux, y compris les injonctions, et les avis d'experts indépendants. Dans ce dernier cas, la Commission examinera soigneusement, notamment, comment l'expert a été choisi. D'autres preuves probantes, dont des rapports d'expertise produits par les parties et indiquant qu'elles ont ou avaient des raisons valables de croire à l'existence d'une situation de blocage, peuvent cependant aussi être utiles pour étayer l'existence d'une telle situation.
33. Dans certains cas, il peut également être possible d'établir que si le donneur et le preneur de la licence produisent

des produits concurrents, ils ne sont pas concurrents sur le marché de produits et le marché de technologies en cause, parce que la technologie concédée constitue une innovation tellement radicale que la technologie du preneur est devenue obsolète ou non concurrentielle. Dans de tels cas, la technologie du donneur crée un nouveau marché ou exclut celle du preneur du marché. Toutefois, cela est souvent impossible à établir au moment de la conclusion de l'accord. En général, l'ancienne technologie n'apparaît obsolète ou non concurrentielle que lorsque les consommateurs ont accès depuis un certain temps à la nouvelle technologie ou aux produits qui la comportent. Par exemple, lorsque la technologie CD a été développée et que les lecteurs et les disques ont été mis sur le marché, il n'était pas évident que cette nouvelle technologie remplacerait les disques en vinyle. Cela n'est apparu que plusieurs années 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 81, paragraphe 1, que l'article 81, paragraphe 3, doivent être appliqués en fonction du contexte réel dans lequel l'accord est conclu, l'appréciation pourra être modifiée en cas d'évolution 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.

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

#### 1. L'incidence du règlement d'exemption par catégorie

34. Les accords de transfert de technologie remplissant les conditions énoncées dans le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie sont exemptés de l'application de l'interdiction figurant à l'article 81, paragraphe 1. Les accords bénéficiant de l'exemption par catégorie sont légalement valides et applicables. De tels accords ne peuvent être interdits que pour l'avenir et uniquement sur retrait de l'exemption par catégorie par la Commission ou par l'autorité de concurrence d'un État membre. Ils ne peuvent pas être interdits en vertu de l'article 81 par des juridictions nationales dans le cadre de litiges privés.
35. 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 81, paragraphe 1 — remplissent les quatre conditions énoncées à l'article 81, 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 81, paragraphe 3, bénéficieront de l'exemption par catégorie.

36. Ainsi qu'on le verra à la section IV ci-dessous, de nombreux accords de licence ne relèvent pas de l'article 81, paragraphe 1, soit parce qu'ils ne restreignent nullement le jeu de la concurrence, soit parce que la restriction de la concurrence n'est pas sensible<sup>(23)</sup>. Dans la mesure où de tels accords seraient de toutes façons couverts par le règlement d'exemption par catégorie, il n'est pas nécessaire de déterminer s'ils relèvent ou non de l'article 81, paragraphe 1<sup>(24)</sup>.
37. En dehors du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, il convient d'examiner si un accord déterminé relève de l'article 81, paragraphe 1, et, le cas échéant, si les conditions de l'article 81, paragraphe 3, sont remplies. Les accords de transfert de technologie ne bénéficiant pas de l'exemption par catégorie ne sont pas présumés entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, ni ne pas remplir les conditions de l'article 81, 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 81, 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 81.

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

### 2.1. Accords entre deux parties

38. Conformément à l'article 2, paragraphe 1, du règlement, celui-ci ne couvre que les accords de transfert de technologie «entre deux entreprises». Les accords de transfert de technologie conclus par plus de deux entreprises ne sont pas couverts<sup>(25)</sup>, le facteur décisif pour distinguer les accords entre deux entreprises des accords multipartites étant le fait que l'accord en cause ait été conclu par plus de deux entreprises.
39. Les accords conclus entre deux entreprises entrent dans le champ d'application du règlement, même s'ils contiennent des dispositions applicables à plusieurs niveaux de la chaîne commerciale. C'est ainsi que le règlement s'applique à un accord de licence concernant non seulement le stade de la production, mais aussi celui de la distribution, en précisant les obligations que le preneur peut ou doit imposer aux revendeurs des produits fabriqués sous licence<sup>(26)</sup>.
40. 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, la Commission appliquera par analogie les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie.

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

41. L'article 2 dispose que pour que les accords de licence soient couverts par le règlement, ils doivent concerner «la production de produits contractuels», c'est-à-dire de produits comportant la technologie concédée ou produits à partir de celle-ci. En d'autres termes, pour être couverte par le règlement, la licence doit autoriser le preneur à exploiter la technologie concédée pour la production de biens ou de services (voir septième considérant du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie). Le règlement ne couvre pas les regroupements de technologies. La notion de regroupement de technologies couvre des accords par lesquels deux parties ou plus acceptent de réunir leurs technologies respectives et de les concéder comme un tout, ainsi que des accords par lesquels deux entreprises ou plus acceptent d'accorder une licence à un tiers et de l'autoriser à concéder lui-même des licences sur l'ensemble de technologies concédées. Les regroupements de technologies sont examinés à la section IV.4 ci-dessous.
42. Le règlement d'exemption par catégorie est applicable aux accords de licence concernant la production de produits contractuels par lesquels le preneur est également autorisé à accorder à des tiers des sous-licences sur la technologie concédée, à condition toutefois que la production de produits contractuels constitue l'objet principal de l'accord. Inversement, le règlement ne s'applique pas aux accords dont l'objet principal est la concession de sous-licences. Toutefois, la Commission appliquera par analogie les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices à de tels «accords cadres de licence» entre le donneur et le preneur. Les accords entre le preneur et les sous-traitants sont couverts par le règlement.
43. Le terme «produits contractuels» comprend les biens et les services produits à l'aide de la technologie concédée, c'est-à-dire tant les cas dans lesquels la technologie concédée est utilisée au cours du processus de production que 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 s'applique dans tous les cas où la technologie est concédée dans le but de produire des biens et des services. Il suffit à cet égard que le donneur s'engage à ne pas exercer ses droits de propriété intellectuelle à l'encontre du preneur. 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.

44. Le règlement d'exemption par catégorie couvre la «sous-traitance», par laquelle le donneur concède la technologie au preneur, qui s'engage à produire certains produits exclusivement pour le donneur sur la base de cette technologie. La sous-traitance peut également comprendre la fourniture, par le donneur, d'équipements à utiliser pour la production des biens et des services couverts par l'accord. Pour que ce dernier type de sous-traitance soit couvert par le règlement, c'est la technologie concédée, et non les équipements fournis, qui doit constituer l'objet principal de l'accord. La sous-traitance est également couverte par la communication de la Commission concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne (27). 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 81, paragraphe 1. Toutefois, d'autres limitations imposées au sous-traitant, telles que l'obligation de ne pas effectuer ou exploiter ses propres travaux de recherche et de développement, peuvent être couvertes par l'article 81 (28).
45. 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. En revanche, le règlement d'exemption par catégorie et les lignes directrices ne couvrent pas les accords par lesquels une technologie est concédée afin de permettre au preneur de mener d'autres activités de recherche-développement dans divers domaines. 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. Le cadre du règlement et des lignes directrices est fondé sur l'hypothèse qu'il existe un lien direct entre la technologie concédée et un produit contractuel déterminé. En l'absence de ce lien, le principal objet de l'accord est la recherche et le développement, par opposition à la commercialisation d'un produit déterminé; dans ce cas, le cadre analytique du règlement et des lignes directrices peut ne pas être approprié. Pour les mêmes raisons, le règlement d'exemption par catégorie et les lignes directrices ne couvrent pas les accords de sous-traitance de recherche et 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. 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.
46. Le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices couvrent les accords de transfert de technologie. Conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, points b) et h), du règlement d'exemption par catégorie, la notion de «technologie» couvre les brevets et demandes de brevets, les modèles d'utilité et demandes de modèles d'utilité, les droits de dessin, les droits d'obtention végétale, les topographies de produits semi-conducteurs, les certificats de protection supplémentaire pour produits pharmaceutiques ou pour d'autres produits pour lesquels de tels certificats de protection supplémentaire peuvent être obtenus, les droits d'auteur sur logiciel et le savoir-faire. La technologie concédée doit permettre au preneur de produire les produits contractuels avec ou sans autres facteurs de production.
47. Le savoir-faire est défini à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point i), comme un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience et testées. «Secret» signifie que le savoir-faire n'est généralement pas connu ou facilement accessible. «Substantiel» signifie que le savoir-faire comprend des informations 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 situation concurrentielle du preneur, par exemple en réduisant ses coûts de production. «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.
48. 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 sa technologie, moyennant le versement de redevances. Le transfert peut également se faire par le biais d'un accord de sous-traitance, en vertu duquel un preneur de licence, après y avoir été autorisé par le donneur, accorde des licences à des tiers (sous-traitants) pour l'exploitation de la technologie.

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

49. Le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique qu'aux accords qui ont pour objet principal le transfert de technologie, tel que défini dans ce règlement, par opposition à l'achat de biens et de services ou à la concession de licences sur d'autres types de propriété intellectuelle. Les accords contenant des dispositions relatives à l'achat et à la vente de produits ne sont couverts par le règlement que si ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de l'accord et sont directement liées à l'application de la technologie concédée. C'est généralement le cas lorsque ces facteurs sont des équipements ou des processus spécialement conçus pour exploiter efficacement la technologie concédée. En revanche, si le facteur de production est simplement un autre élément entrant dans la composition du produit final, il conviendra d'examiner avec soin si la technologie concédée constitue l'objet principal de l'accord. Lorsque, par exemple, le preneur fabrique déjà un produit final sur la base d'une autre technologie, la licence doit apporter une amélioration sensible au processus de production du preneur, supérieure à la valeur du produit acheté au donneur. La condition selon laquelle les produits liés doivent être liés à la concession de la technologie implique que le règlement d'exemption par catégorie ne couvre pas l'achat de produits qui n'ont aucun rapport avec les produits comportant la technologie concédée. C'est par exemple le cas lorsque le produit lié n'est pas destiné à être utilisé avec le produit sous licence, mais est lié à une activité sur un marché de produits distinct.
50. Le règlement d'exemption par catégorie ne couvre la concession de licences sur d'autres types de propriété intellectuelle, tels que les marques déposées et le droit d'auteur autre que le droit d'auteur sur logiciels, que si ceux-ci sont directement liés à l'exploitation de la technologie concédée et ne constituent pas l'objet principal de l'accord. Cette condition garantit que les accords couvrant d'autres types de droits de propriété intellectuelle ne bénéficient d'une exemption par catégorie que si ces droits permettent au preneur de mieux exploiter la technologie concédée. Le donneur peut, par exemple, autoriser le preneur à apposer sa marque sur les produits comportant la technologie concédée. La concession d'une marque déposée peut également permettre au preneur de mieux exploiter la technologie concédée, parce que les consommateurs feront alors directement le lien entre le produit et les caractéristiques qui lui sont conférées par la technologie concédée. L'obligation pour le preneur d'utiliser la marque du donneur peut également favoriser la diffusion de la technologie en permettant au donneur d'être identifié comme la source de la technologie utilisée. Toutefois, lorsque la valeur de la technologie concédée au preneur est limitée, parce qu'il utilise déjà une technologie identique ou très similaire, et lorsque l'objet principal de l'accord est la marque déposée, le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique pas <sup>(29)</sup>.
51. La concession d'une licence de droit d'auteur pour la reproduction et la distribution de l'œuvre protégée, c'est-à-dire la production de copies destinées à être revendues, est considérée comme similaire à la concession d'une licence de technologie. De tels accords de licence ayant trait à la production et à la vente de produits sur la base d'un droit de propriété intellectuelle sont considérés comme étant de nature similaire aux accords de transfert de technologie et posent normalement des problèmes comparables. Bien que le règlement d'exemption par catégorie ne couvre pas le droit d'auteur autre que le droit d'auteur sur logiciels, la Commission appliquera en règle générale les principes définis dans ce règlement et dans les présentes lignes directrices lorsqu'elle sera amenée à apprécier la concession de ces licences de droit d'auteur au regard de l'article 81.
52. On considère en revanche que la concession de licences de droits d'exécution et d'autres droits voisins du droit d'auteur pose des problèmes particuliers et il n'est sans doute pas opportun d'apprécier ce type de licences sur la base des principes énoncés dans les présentes lignes directrices. Dans le cas des divers droits liés à l'exécution, la valeur n'est pas créée par la reproduction et la vente de copies d'un produit, mais par chaque exécution individuelle de l'œuvre protégée. Cette exploitation peut prendre différentes formes, notamment l'exécution, la présentation ou la location de matériel protégé, tel que des films, de la musique ou des manifestations sportives. Aux fins de l'application de l'article 81, il convient de tenir compte de la spécificité de l'œuvre et de la façon dont elle est exploitée <sup>(30)</sup>. Par exemple, les restrictions à la revente peuvent susciter moins de problèmes de concurrence alors que des problèmes déterminés peuvent se poser lorsque les donneurs imposent à leurs preneurs d'étendre à chacun des donneurs les conditions plus favorables que l'un d'eux a obtenues. La Commission n'appliquera donc pas par analogie le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices à la concession de licences sur ces autres droits.
53. La Commission n'étendra pas non plus les principes énoncés dans le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices aux licences de marques. La concession de licences de marques intervient souvent dans le contexte de la distribution et de la revente de biens et de services, et elle est généralement plus proche des accords de distribution que des accords de licence de technologie. Lorsqu'une licence de marque est directement liée à l'utilisation, à la vente ou la revente de biens et de services et ne constitue pas l'objet principal de l'accord, l'accord de licence est couvert par le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées <sup>(31)</sup>.
- #### 2.4. Durée
54. En fonction de la durée du règlement, l'exemption par catégorie sera applicable tant que le droit de propriété concédé ne sera pas devenu caduc, n'aura pas expiré ou été invalidé. Dans le cas du savoir-faire, elle sera applicable tant que celui-ci demeurera secret, sauf s'il est rendu public du fait du preneur de licence. Dans ce cas, l'exemption sera applicable pendant toute la durée de l'accord (voir article 2 du règlement d'exemption par catégorie).

55. L'exemption par catégorie s'applique à chaque droit de propriété couvert par l'accord de licence et cesse d'être applicable à la date d'expiration, d'invalidité ou d'entrée dans le domaine public du dernier droit de propriété intellectuelle constituant une «technologie» au sens du règlement d'exemption par catégorie (voir point 46 ci-dessus).
- 2.5. Rapport avec d'autres règlements d'exemption par catégorie**
56. Le règlement d'exemption par catégorie couvre les accords relatifs à la concession de licences de technologie conclus entre deux entreprises en vue de la production de produits contractuels. Toutefois, la technologie peut également être un élément d'autres types d'accords. En outre, les produits comportant la technologie concédée sont ensuite vendus sur le marché. Il est donc nécessaire d'examiner les rapports entre le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, d'une part, et le règlement (CE) n° 2658/2000 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation <sup>(32)</sup>, le règlement (CE) n° 2659/2000 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement <sup>(33)</sup>, et le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées <sup>(34)</sup>, d'autre part.
- 2.5.1. *Les règlements d'exemption par catégorie relatifs aux accords de spécialisation et aux accords de recherche et de développement*
57. Conformément à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point c), du règlement (CE) n° 2658/2000 sur les accords de spécialisation, ce règlement couvre, entre autres, les accords de production conjointe en vertu desquels deux ou plusieurs parties acceptent de fabriquer certains produits conjointement. Le règlement s'applique également aux dispositions relatives à la cession ou à l'utilisation de droits de propriété intellectuelle, sous réserve qu'ils ne constituent pas l'objectif premier de l'accord, mais qu'ils soient directement liés et nécessaires à sa mise en œuvre.
58. Lorsque des entreprises créent une entreprise commune de production et concèdent à cette entreprise une licence pour l'exploitation d'une technologie utilisée dans la production des produits fabriqués par l'entreprise commune, ce type de licence tombe sous le coup du règlement (CE) n° 2658/2000 et non du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie. C'est pourquoi la concession de licences dans le cadre d'une entreprise commune de production est normalement appréciée en vertu du règlement (CE) n° 2658/2000. Toutefois, lorsque l'entreprise commune concède la technologie à des tiers, l'activité n'est pas liée à la fabrication de produits par l'entreprise commune et n'est donc pas couverte par ce règlement. De tels accords de licence permettant de réunir les technologies des parties constituent des regroupements de technologies, qui seront examinés à la section IV.4 ci-dessous.
59. Le règlement (CE) n° 2659/2000 sur les accords de recherche et développement couvre les accords par lesquels deux ou plusieurs entreprises acceptent de poursuivre en commun des activités de recherche et développement et d'en exploiter les résultats en commun. Conformément à l'article 2, paragraphe 11, la recherche et le développement ou l'exploitation des résultats sont effectués en commun lorsque les tâches y afférentes sont exécutées par une équipe, une organisation ou une entreprise commune, confiées en commun à un tiers ou réparties entre les parties en fonction d'une spécialisation dans la recherche, le développement, la production ou la distribution, y compris la concession de licences.
60. Le règlement (CE) n° 2659/2000 couvre donc la concession de licences entre les parties ou par les parties à une entreprise commune dans le cadre d'un accord de recherche et développement. Dans le cadre de tels accords, les parties peuvent également déterminer les conditions dans lesquelles le fruit des accords de recherche et développement sera concédé sous licence à des tiers. Toutefois, comme les preneurs de licence tiers ne sont pas parties à l'accord de recherche et développement, l'accord de licence individuel conclu avec des tiers n'est pas couvert par le règlement (CE) n° 2659/2000. De tels accords de licence bénéficient d'une exemption par catégorie s'ils remplissent les conditions fixées dans le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie.
- 2.5.2. *Le règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux*
61. Le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission relatif aux accords verticaux couvre les accords conclus entre deux ou plusieurs entreprises dont chacune opère à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et qui portent sur les conditions dans lesquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens et services. Il couvre donc les accords de fourniture et de distribution <sup>(35)</sup>.
62. Le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie ne couvrant que les accords conclus entre deux parties et un preneur de licence vendant des produits comportant la technologie concédée étant considéré comme un fournisseur aux fins de l'application du règlement (CE) n° 2790/1999, ces deux règlements d'exemption par catégorie sont étroitement liés. Les accords conclus entre un donneur et un preneur de licence relèvent du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, alors que les accords conclus entre un preneur de licence et des acheteurs sont soumis au règlement (CE) n° 2790/1999 et aux lignes directrices sur les restrictions verticales <sup>(36)</sup>.
63. Le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie exempte également les accords entre un donneur et un preneur de licence lorsqu'ils imposent des obligations au preneur quant à la façon dont il doit vendre les produits comportant la technologie concédée. Le preneur peut notamment être contraint de mettre en place un certain type de système de distribution, par exemple une distribution exclusive ou sélective. Toutefois, les accords de distribution conclus pour mettre en œuvre ce type d'obligation doivent être conformes au règlement (CE) n° 2790/1999 pour

pouvoir bénéficier d'une exemption par catégorie. C'est ainsi que le donneur peut obliger le preneur à mettre en place un système basé sur la distribution exclusive, conformément à des règles précises. Néanmoins, conformément à l'article 4, point b), du règlement (CE) n° 2790/1999, les distributeurs doivent pouvoir effectuer des ventes passives sur le territoire d'autres distributeurs exclusifs.

64. En outre, les distributeurs doivent en principe être libres de vendre, tant activement que passivement, sur les territoires couverts par les systèmes de distribution d'autres preneurs produisant leurs propres produits à partir de la technologie concédée. La raison en est qu'aux fins de l'application du règlement (CE) n° 2790/1999, chaque preneur de licence constitue un fournisseur distinct. Toutefois, les motifs d'octroi de l'exemption par catégorie contenus dans ce règlement peuvent également s'appliquer lorsque les produits comportant la technologie concédée sont vendus par les preneurs sous une marque commune appartenant au donneur. Lorsque ces produits sont vendus sous une marque commune, il peut être souhaitable, pour des raisons d'efficacité identiques, d'appliquer les mêmes types de restrictions entre les systèmes de distribution des preneurs de licences que dans le cas d'un système de distribution vertical unique. Dans de tels cas, il est peu probable que la Commission remette en cause d'éventuelles restrictions, lorsque les conditions énoncées dans le règlement (CE) n° 2790/1999 sont remplies par analogie. Pour qu'il y ait une identité de marque commune, les produits doivent être vendus et commercialisés sous une marque commune, qui soit prédominante pour ce qui est des notions de qualité et des autres informations pertinentes à communiquer aux consommateurs. Il ne suffit pas que le produit porte, en plus des marques du preneur, également la marque du donneur, permettant d'identifier celui-ci comme étant la source de la technologie concédée.

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

65. Conformément à l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, l'exemption par catégorie d'accords restrictifs est soumise à des seuils de parts de marché, ce qui limite le champ d'application de l'exemption par catégorie aux accords qui, bien que susceptibles de restreindre la concurrence, sont généralement présumés remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. En dehors de la sphère de sécurité créée par les seuils de parts de marché, une 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 81, paragraphe 1, ni qu'il ne remplit pas les conditions de l'article 81, paragraphe 3. En l'absence de restrictions caractérisées, une analyse du marché est requise.
66. Le seuil de part de marché à appliquer aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie varie selon que l'accord est conclu entre concurrents ou entre non-concurrents. Aux fins de l'application du règlement, les entreprises sont considérées comme des concurrents sur le marché de technologies en cause lorsqu'elles concèdent sous licence des technologies concurrentes. 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. 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 (voir également le point 31 ci-dessus).
67. Les entreprises sont des concurrents sur le marché de produits en cause lorsqu'elles opèrent toutes deux sur les mêmes marchés de produits et sur les mêmes marchés géographiques sur lesquels les produits comportant la technologie concédée sont vendus (concurrents réels). Elles sont également considérées comme étant des concurrents dès lors qu'elles pourraient, pour des motifs réalistes, entreprendre les investissements supplémentaires nécessaires ou supporter les autres coûts de transformation nécessaires pour pénétrer sur le marché de produits et le marché géographique en cause dans un délai raisonnablement court<sup>(37)</sup> en réaction à une augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs (concurrents potentiels).
68. Il ressort des points 66 et 67 qu'aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie, deux entreprises ne sont pas considérées comme des concurrents lorsque le donneur n'est pas un fournisseur réel ou potentiel des produits sur le marché en cause et lorsque le preneur, déjà présent sur le marché de produits, ne concède pas de licences sur une technologie concurrente, même s'il en possède une et qu'il l'utilise pour fabriquer ses produits. Toutefois, les parties deviendront des concurrents si, par la suite, le preneur commence à concéder sa technologie sous licence ou si le preneur devient un fournisseur réel ou potentiel des produits sur le marché en cause. Dans ce cas, la liste des restrictions caractérisées relative aux accords entre non-concurrents continuera à s'appliquer à l'accord sauf si celui-ci est ensuite modifié sur un point essentiel (voir l'article 4, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie, ainsi que le point 31 ci-dessus).
69. Pour les accords entre concurrents, le seuil de part de marché est de 20 % et pour les accords entre non-concurrents, de 30 % (article 3, paragraphes 1 et 2, du règlement d'exemption par catégorie). Lorsque les entreprises parties à l'accord de licence ne sont pas des concurrents, l'accord est couvert si la part de marché d'aucune des parties ne dépasse 30 % sur les marchés de technologies et les marchés de produits en cause affectés. Lorsque les entreprises parties à l'accord de licence sont des concurrents, l'accord est couvert si la part de marché cumulée des parties n'est pas supérieure à 20 % sur les marchés de technologies et les marchés de produits en cause. Les seuils de parts de marché s'appliquent tant aux marchés de technologies qu'aux marchés de produits comportant la technologie concédée. Si la part de marché détenue est supérieure au seuil applicable sur un marché en cause affecté, l'accord ne pourra pas bénéficier de l'exemption par catégorie sur ce marché. Par exemple, si l'accord de licence porte sur deux marchés de produits distincts ou sur deux marchés géographiques distincts, l'exemption par catégorie peut être applicable à l'un des marchés et non à l'autre.

70. En ce qui concerne les marchés de technologies, il ressort de l'article 3, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie que la part de marché du donneur de licence doit être calculée sur la base des ventes, par le donneur et par l'ensemble de ses preneurs, de produits comportant la technologie concédée, et ce individuellement pour chaque marché en cause<sup>(38)</sup>. Lorsque les parties sont des concurrents sur le marché de technologies, les ventes de produits comportant la technologie du preneur doivent être cumulées aux ventes des produits comportant la technologie concédée. Dans le cas de technologies nouvelles n'ayant pas encore généré de ventes, une part de marché égale à zéro est attribuée. Lorsque les ventes débiteront, la technologie commencera à accumuler des parts de marché.

71. En ce qui concerne les marchés de produits, la part de marché du preneur de la licence doit être calculée sur la base de ses ventes de produits comportant la technologie 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.

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

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

#### *Accords de licence entre non-concurrents*

##### Exemple 1

L'entreprise A est spécialisée dans le développement de produits et de techniques biotechnologiques et a mis au point un nouveau produit, le Xeran. Ne disposant ni des installations de production ni des installations de distribution nécessaires, elle 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'euros. 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'euros de produits fabriqués à l'aide des technologies librement disponibles et pour 15 millions d'euros 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'euros. 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'euros pendant l'année 2 et de 15 millions d'euros 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'euros.

Pendant l'année 2, au cours de laquelle l'accord de licence a été conclu, la part de marché de A sur le marché de technologies est de 0 %, puisqu'elle doit être calculée sur la base du total des ventes 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'euros 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'euros 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'euros par an. La part de marché de C sur le marché de produits est de 0 % pendant l'année 1 et 2, de 5 % pendant l'année 3 et de 7,5 % par la suite.

Puisque les accords de licence sont conclus entre non-concurrents et que les parts de marché individuelles de A, B et C sont inférieures à 30 % chaque année, les accords entrent dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie.

**Exemple 2**

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

Dans ce cas, la part de marché de A sur le marché de technologies doit être calculée pour chacun des deux marchés géographiques. La part détenue par A sur le marché sur lequel B opère dépend des ventes de Xeran réalisées par B. Dans cet exemple, la valeur totale du marché étant supposée être de 100 millions d'euros, soit la moitié de sa valeur dans l'exemple 1, la part de marché de A est de 0 % au cours de l'année 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, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, l'accord de licence entre A et B ne peut plus bénéficier de l'exemption 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'euros 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'euros du produit fabriqué avec sa propre technologie et pour 10 millions d'euros du produit fabriqué avec la technologie de B. À partir de l'année 2, B vend pour 15 millions d'euros du produit fabriqué avec sa propre technologie et pour 10 millions d'euros du produit fabriqué avec la technologie de A. Il est établi que la valeur annuelle totale du marché du produit et de ses substituts s'élève à 100 millions d'euros.

Pour apprécier l'accord de licence au regard du règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie, les parts de marché de A et B doivent être calculées 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'euros 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'euros des ventes de produit fabriqué à partir de la technologie de A et produit et vendu par A et B (10 millions d'euros chacune). De même, la part de B sur le marché de technologies est de 20 % au cours de l'année 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.

**4. Restrictions caractérisées de la concurrence en vertu du règlement d'exemption par catégorie****4.1. Principes généraux**

74. L'article 4 du règlement d'exemption par catégorie contient une liste de restrictions caractérisées de la concurrence. Une restriction est considérée comme une restriction caractérisée de la concurrence en raison de sa nature même et aussi parce que l'expérience a montré qu'une telle restriction était presque toujours anticoncurrentielle. Conformément à la jurisprudence des juridictions communautaires<sup>(39)</sup>, une telle restriction peut résulter de l'objectif manifeste de l'accord ou des circonstances propres à chaque affaire (voir point 14 ci-dessus).

75. Lorsqu'un accord de transfert de technologie contient une restriction caractérisée de la concurrence, l'article 4, paragraphes 1 et 2, du règlement d'exemption par catégorie dispose que c'est l'accord dans son ensemble qui ne pourra pas bénéficier de l'exemption par catégorie. Aux fins du règlement d'exemption par catégorie, les restrictions caractérisées ne sont pas dissociables du reste de l'accord. En outre, la Commission considère que lorsqu'il y a appréciation individuelle, les restrictions caractérisées de la concurrence ne remplissent qu'exceptionnellement les quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3 (voir point 18 ci-dessus).

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

#### 4.2. Accords entre concurrents

77. L'article 4, paragraphe 1, 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:

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

b) 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;

c) la répartition des marchés ou des clients, exception faite de:

i) l'obligation imposée aux preneurs de la licence de ne produire à l'aide de la technologie concédée que dans un ou plusieurs domaines techniques d'utilisation ou sur un ou plusieurs marchés de produits;

ii) l'obligation imposée au donneur et/ou au preneur de la licence dans un accord non réciproque de ne produire à partir de la technologie concédée dans un ou plusieurs domaines techniques d'utilisation ou sur un ou plusieurs territoires exclusifs réservés à l'autre partie;

iii) l'obligation imposée au donneur de ne pas concéder la technologie sous licence à un autre preneur sur un territoire déterminé;

iv) la restriction, dans un accord non réciproque, des ventes actives et/ou passives par le preneur et/ou par le donneur de la licence sur le territoire exclusif ou au groupe d'acheteurs exclusif réservés à l'autre partie;

v) 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;

vi) 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;

vii) 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 sa propre 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.

78. 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 sa technologie sous licence à l'autre partie ou dans le cadre duquel, dans le cas de licences croisées, les technologies concédées ne sont pas des technologies concurrentes et ne peuvent pas être utilisées pour la production de produits concurrents. Un accord est non réciproque du simple fait qu'il contient une obligation de rétrocession ou que le preneur rétrocède sous licence ses propres améliorations de la technologie concédée. Si 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, la Commission tiendra compte du délai écoulé entre la conclusion de la première et de la seconde licence.

79. La restriction caractérisée figurant à l'article 4, paragraphe 1, point a), concerne les accords entre concurrents qui ont pour objet la fixation des prix des produits vendus à des tiers, 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 par exemple se faire sous forme d'un accord direct sur les prix exacts à facturer ou sur un barème de prix avec certains rabais maximums 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.
80. 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>(40)</sup>. Des concurrents peuvent donc utiliser des accords de licences croisées prévoyant des redevances courantes réciproques pour coordonner les prix sur les marchés de produits en aval<sup>(41)</sup>. Toutefois, la Commission ne traitera un accord de licences 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.
81. La restriction caractérisée mentionnée à l'article 4, paragraphe 1, point a), couvre également les accords dans lesquels les redevances sont calculées sur la base de l'ensemble des ventes des produits en cause, que la technologie concédée ait ou non été utilisée. De tels accords entrent également dans le champ d'application de l'article 4, paragraphe 1, point d), en vertu duquel la capacité du preneur à utiliser sa propre technologie ne doit pas être restreinte (voir point 95 ci-dessous). Ces accords restreignent généralement la concurrence, dans la mesure où ils augmentent, pour le preneur, le coût d'utilisation de sa propre technologie concurrente et où ils restreignent la concurrence qui existerait en l'absence de l'accord<sup>(42)</sup>. Cela vaut pour les accords tant réciproques que non réciproques. Toutefois, un accord dans lequel les redevances sont calculées sur la base de l'ensemble des ventes peut exceptionnellement remplir les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, lorsqu'il est possible de conclure, sur la base de facteurs objectifs, que la restriction est indispensable pour que la concession de licence soit favorable à la concurrence. Cela peut être le cas 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.
82. La restriction caractérisée figurant à l'article 4, paragraphe 1, point b), 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 couvre pas les limitations de la production imposées au preneur dans un accord non réciproque ni les 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 produits 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 les obligeant mutuellement à verser un dédommagement à l'autre partie si un certain niveau de production est dépassé.
83. 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. Dans un accord réciproque, une restriction de la production imposée à l'un des preneurs 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.
84. La restriction caractérisée de la concurrence figurant à l'article 4, paragraphe 1, point c), concerne la répartition des marchés et des clients. Les accords par lesquels des concurrents se partagent des marchés et des clients ont pour objet de restreindre la concurrence. La restriction est caractérisée lorsque les concurrents dans un accord réciproque s'accordent pour ne pas produire sur certains territoires ou pour ne pas vendre de produits activement et/ou passivement sur certains territoires ou à certains clients réservés à l'autre partie.
85. L'article 4, paragraphe 1, point c), s'applique, que le preneur demeure ou non libre d'utiliser sa propre technologie. Une fois que le preneur s'est équipé pour utiliser la technologie du donneur 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 de la restriction, 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.

86. En vertu de l'article 4, paragraphe 1, point c), sous ii), il n'y a pas restriction caractérisée lorsque le donneur de licence 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 lorsque la licence est limitée à un ou plusieurs domaines techniques d'utilisation ou à un ou plusieurs marchés de produits. L'objet des accords couverts par l'article 4, paragraphe 1, point c), sous ii), peut être d'inciter le preneur à investir dans la technologie concédée et à la développer. Il ne s'agit donc pas nécessairement de se répartir les marchés.
87. En vertu de l'article 4, paragraphe 1, point c), sous iv), 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<sup>(43)</sup> sur un territoire exclusif ou à un groupe d'acheteurs exclusif réservés à l'autre partie.
88. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, point c), sous iii), il n'y a pas non plus de restriction caractérisée si le donneur 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. 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 leur propre technologie sur leurs territoires respectifs.
89. L'article 4, paragraphe 1, point c), sous v), 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. Il faut toutefois impérativement 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 d'inscrire de telles restrictions dans la liste 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 sont dès lors déjà établis sur le marché, de telles restrictions sont susceptibles d'inciter le preneur à exploiter la technologie concédée plus efficacement. En revanche, si les preneurs conviennent de ne pas vendre leurs produits activement ou passivement sur certains territoires ou à certains groupes d'acheteurs, l'accord équivaut à une entente entre les preneurs. N'impliquant aucun transfert de technologie, de tels accords n'entrent pas dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie.
90. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, point c), sous i), 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>(44)</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. L'exemption par catégorie ne s'applique cependant que si les limitations du domaine d'utilisation ne sortent pas du cadre des technologies concédées. Il faut aussi impérativement que les preneurs ne soient pas limités dans l'utilisation de leur propre technologie [voir l'article 4, paragraphe 1, point d)]. Lorsque les preneurs sont limités dans l'utilisation de leur propre technologie, l'accord équivaut à une répartition des marchés.
91. 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 présume pas 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 obtenues 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 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 point 85 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 182 ci-dessous).
92. L'article 4, paragraphe 1, point c), sous vi), énonce une autre exception, en l'occurrence l'usage captif, c'est-à-dire une obligation en vertu de laquelle le preneur ne peut produire les produits comportant la technologie concédée que pour son propre usage. Lorsque le produit contractuel est un composant, le preneur peut ainsi être contraint de ne produire ce composant que pour l'intégrer à ses propres produits et de ne pas le vendre à d'autres producteurs. Toutefois, le preneur doit pouvoir vendre les composants en tant que pièces détachées pour ses propres produits et doit donc pouvoir approvisionner des tiers fournissant un service après-vente sur ces produits. Les restrictions liées à l'usage captif, telles qu'elles viennent d'être définies, peuvent être nécessaires pour favoriser la diffusion d'une technologie, notamment entre concurrents, et elles sont couvertes par l'exemption par catégorie. Ce type de restriction est également examiné à la section IV.2.5 ci-dessous.

93. Enfin, l'article 4, paragraphe 1, point c), sous vii), 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), sous vii), 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), sous vii), couvre également les situations dans lesquelles des licences sont accordées à plusieurs entreprises en vue de l'approvisionnement du même acheteur déterminé. 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. En particulier, on ne saurait présumer dans de telles conditions que l'accord incitera le preneur à cesser l'exploitation de sa propre technologie.

94. 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.

95. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, point d), le preneur doit également pouvoir utiliser librement sa propre technologie concurrente, à condition qu'il n'utilise pas, ce faisant, la technologie concédée par le donneur. Il ne doit être soumis à aucune limitation quant à l'endroit où il produit ou vend, aux quantités qu'il produit ou vend ou aux prix auxquels il vend. Il ne doit pas non plus être

contraint de verser des redevances sur des produits fabriqués sur la base de sa propre technologie (voir point 81 ci-dessus). En outre, il doit pouvoir concéder librement sa propre technologie à des tiers. Lorsque des restrictions sont imposées au preneur en ce qui concerne l'utilisation de sa propre technologie ou sa liberté d'effectuer de la recherche-développement, la compétitivité de la technologie du preneur est réduite. Cela a pour effet de réduire la concurrence sur les marchés de produits et de technologies existants et de décourager le preneur d'investir dans le développement et l'amélioration de sa technologie.

#### 4.3. Accords entre non-concurrents

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

- a) la restriction de la capacité 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 exclusif qui est réservé au donneur;
  - ii) la restriction des ventes passives sur un territoire exclusif ou à un groupe d'acheteurs exclusif que le donneur a attribué à un autre preneur pendant les deux premières années au cours desquelles cet autre preneur vend les produits contractuels sur ce territoire ou à ce groupe d'acheteurs;
  - iii) 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;
  - iv) 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;

- v) la restriction des ventes aux utilisateurs finals par un preneur qui opère en tant que grossiste sur le marché;
- vi) 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.
97. La restriction caractérisée de la concurrence figurant à l'article 4, paragraphe 2, point a), concerne la fixation des prix de vente à des tiers. Cette disposition couvre plus particulièrement les restrictions ayant pour objet direct ou indirect la détermination d'un prix de vente fixe ou minimal ou d'un niveau de prix fixe ou minimal que le donneur ou le preneur devront respecter lorsqu'ils vendent des produits à des tiers. Lorsque les accords fixent directement le prix de vente, la restriction est évidente. Toutefois, des prix de vente peuvent également être fixés de façon indirecte, par exemple par des accords déterminant la marge, fixant le niveau 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 à 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.
98. En vertu de l'article 4, paragraphe 2, point b), les accords ou pratiques concertées qui ont pour objet direct ou indirect de restreindre les ventes passives, par les preneurs, de produits comportant la technologie concédée, sont des restrictions caractérisées de la concurrence <sup>(45)</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 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. La Commission 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, 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 ci-après.
99. L'article 4, paragraphe 2, point b), ne couvre pas les restrictions des ventes 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 de toutes les restrictions des ventes actives réalisées par le preneur, sous réserve des observations relatives aux ventes actives figurant aux points 105 et 106 ci-dessous. 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 indispensable 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 ont été désignés 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.
100. Les restrictions imposées aux ventes actives et passives par les preneurs sur un territoire exclusif ou à groupe de clients exclusif réservés au donneur ne constituent pas une restriction caractérisée de la concurrence [voir article 4, paragraphe 2, point b), sous i)], et elles peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie. On suppose que dès lors que les parts de marché sont inférieures au seuil, de telles restrictions, même si elles limitent la concurrence, peuvent néanmoins être 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.

101. Les restrictions des ventes passives des preneurs sur un territoire exclusif ou à un groupe de clients exclusif attribués à un autre preneur bénéficient d'une exemption par catégorie pendant une période de deux ans à compter de la date à laquelle le preneur protégé vend pour la première fois les produits comportant la technologie concédée sur son territoire exclusif ou à son groupe de clients exclusif [cf. article 4, paragraphe 2, point b), sous ii)]. Les preneurs doivent souvent consentir des investissements substantiels dans des actifs de production et dans des actions de promotion afin de démarrer et de développer des activités sur un nouveau territoire. Les risques auxquels le nouveau preneur sera confronté sont donc souvent importants, notamment parce que les dépenses promotionnelles et les dépenses d'investissement dans les actifs nécessaires pour produire avec une technologie donnée constituent souvent des dépenses à fonds perdus, c'est-à-dire des dépenses qui ne peuvent être recouvrées si le preneur sort du marché. Dans de telles circonstances, 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. Par conséquent, les restrictions des ventes passives réalisées sur le territoire exclusif d'un preneur par d'autres preneurs n'entrent généralement pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, pendant une période maximale de deux ans à compter de la date à laquelle le preneur en question a commercialisé pour la première fois le produit comportant la technologie concédée sur le territoire exclusif. Toutefois, dans la mesure où, dans certains cas, de telles restrictions sont couvertes par l'article 81, paragraphe 1, elles bénéficient d'une exemption par catégorie. Après l'expiration de cette période de deux ans, les restrictions des ventes passives entre preneurs constituent des restrictions caractérisées. Elles relèvent généralement de l'article 81, paragraphe 1, et ont peu de chances de remplir les conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3. Il est notamment peu probable que de telles restrictions soient indispensables pour réaliser des gains d'efficacité <sup>(46)</sup>.
102. L'article 4, paragraphe 2, point b), sous iii), permet d'exempter une restriction contraignant le preneur à ne fabriquer les produits comportant la technologie concédée que pour son propre usage (captif). Lorsque le produit contractuel est un composant, le preneur peut ainsi être contraint de n'utiliser ce produit que pour l'intégrer à ses propres produits et il peut se voir interdire de vendre le produit à d'autres producteurs. Toutefois, le preneur doit pouvoir vendre activement et passivement les produits en tant que pièces de rechange pour ses propres produits et doit donc pouvoir les livrer à des tiers fournissant un service après-vente pour ces produits. Les restrictions relatives à l'usage captif sont également traitées à la section IV.2.5 ci-dessous.
103. Comme dans le cas des accords entre concurrents (voir le point 93 ci-dessus), l'exemption par catégorie s'applique également aux accords par lesquels le preneur de la licence est obligé de ne produire les produits contractuels que pour un acheteur déterminé afin de lui fournir une source d'approvisionnement de substitution [voir article 4, paragraphe 2, point b), sous iv)]. Dans le cas d'accords entre non-concurrents, ces restrictions ont peu de chances d'être couvertes par l'article 81, paragraphe 1.
104. L'article 4, paragraphe 2, point b), sous v), permet d'exempter l'obligation faite au preneur de ne pas vendre à des clients finals, mais uniquement à des détaillants. Une telle obligation permet aux donneurs d'attribuer une fonction de grossiste aux preneurs et elle n'entre généralement pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1 <sup>(47)</sup>.
105. Enfin, l'article 4, paragraphe 2, point b), sous vi), permet d'exempter une restriction qui consiste à interdire aux preneurs de vendre les produits à des distributeurs non agréés. Elle permet au donneur d'imposer aux preneurs l'obligation de faire partie d'un système de distribution sélective. Dans ce cas, toutefois, les preneurs doivent, conformément à l'article 4, paragraphe 2, point c), pouvoir réaliser des ventes tant actives que passives à des consommateurs finals, sans préjudice de la possibilité d'imposer au preneur de n'exercer qu'une fonction de grossiste, comme cela est prévu à l'article 4, paragraphe 2, point b), sous v) (voir point précédent).
106. Il convient de rappeler (voir point 39 ci-dessus) que l'exemption par catégorie couvre les accords de licence par lesquels le donneur impose des obligations que le preneur doit ou peut imposer à ses acheteurs, y compris aux distributeurs. Toutefois, ces obligations doivent être conformes aux règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution. Comme le règlement d'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie couvre uniquement les accords entre deux parties, les accords conclus entre le preneur et ses acheteurs dans le cadre de ces obligations n'entrent pas dans le champ d'application de ce règlement. De tels accords ne peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie que s'ils sont conformes aux dispositions du règlement (CE) n° 2790/1999 (voir section 2.5.2 ci-dessus).

## 5. Restrictions exclues

107. L'article 5 du règlement d'exemption par catégorie énumère quatre types de restrictions qui ne peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie et qui nécessitent donc une appréciation individuelle de leurs effets anti- et pro-concurrentiels. Il ressort de l'article 5 que l'inclusion dans un accord de licence de l'une ou l'autre des restrictions figurant dans ces dispositions n'empêche pas l'application du règlement au reste de l'accord. Ce n'est que la restriction concernée qui ne bénéficie pas de l'exemption par catégorie, et qui doit donc être appréciée individuellement. Les restrictions énoncées à l'article 5 sont donc dissociables.
108. L'article 5, paragraphe 1, dispose que l'exemption par catégorie ne s'applique pas aux trois obligations suivantes:
- a) toute obligation directe ou indirecte imposée au preneur d'accorder au donneur ou à un tiers désigné par celui-ci une licence exclusive sur les améliorations dissociables qu'il aura lui-même apportées ou sur les nouvelles applications de la technologie concédée qu'il aura mises en œuvre;

- b) toute obligation directe ou indirecte imposée au preneur de céder au donneur ou à un tiers désigné par celui-ci l'intégralité ou une partie des droits sur des améliorations dissociables que le preneur aura lui-même apportées ou sur les nouvelles applications de la technologie concédée qu'il aura lui-même mises en œuvre;
- c) toute obligation directe ou indirecte imposée au preneur de ne pas mettre en cause la validité des droits de propriété intellectuelle détenus par le donneur dans le marché commun. Toutefois, le règlement d'exemption par catégorie couvre la possibilité, pour le donneur, de résilier l'accord de licence au cas où le preneur conteste la validité de la technologie concédée.

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

109. L'article 5, paragraphe 1, points a) et b), porte sur les rétrocessions ou cessions exclusives d'améliorations dissociables de la technologie concédée au donneur. Une amélioration est dissociable dès lors qu'elle peut être exploitée sans empiéter sur la technologie concédée. L'obligation de concéder au donneur une licence exclusive à propos des améliorations dissociables apportées à la technologie concédée ou de lui céder ces améliorations est susceptible de réduire l'incitation du preneur à innover, dans la mesure où il ne pourra pas exploiter les améliorations qu'il aura apportées, pas même en les concédant sous licence à des tiers. Cela s'applique à la fois aux cas dans lesquels l'amélioration dissociable concerne la même application que la technologie concédée et à ceux dans lesquels le preneur développe de nouvelles applications de la technologie concédée. Conformément à l'article 5, paragraphe 1, points a) et b), de telles obligations ne peuvent pas bénéficier d'une exemption par catégorie. L'exemption par catégorie couvre toutefois les obligations de rétrocession non exclusives concernant les améliorations dissociables, même lorsque l'obligation de rétrocession est non réciproque, c'est-à-dire qu'elle n'est imposée qu'au preneur et lorsque, en vertu de l'accord, le donneur est autorisé à communiquer les améliorations dissociables à d'autres preneurs. Une obligation de rétrocession non réciproque peut favoriser l'innovation et la diffusion de technologies nouvelles en permettant au donneur de déterminer librement si, et dans quelle mesure, il transmettra ses propres améliorations à ses preneurs. Une telle clause de communication peut aussi favoriser la diffusion de la technologie, parce que chaque preneur sait, au moment où il signe l'accord, qu'il se trouvera sur un pied d'égalité avec les autres preneurs pour ce qui est de la technologie avec laquelle il fabriquera les produits contractuels. Les rétrocessions exclusives et les obligations de céder les améliorations non dissociables ne restreignent pas la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, puisque les améliorations non dissociables ne peuvent être exploitées par le preneur sans l'autorisation du donneur.
110. L'application de l'article 5, paragraphe 1, points a) et b), 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 81. 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 preneur a de chances de constituer une source importante d'innovation et de concurrence future. 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.

111. Le risque d'impact négatif sur l'innovation est plus élevé 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 leur propre technologie. 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 point 208 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.
112. La restriction exclue mentionnée à l'article 5, paragraphe 1, point c), concerne les clauses de non-contestation, c'est-à-dire l'obligation de ne pas contester la validité des droits de propriété intellectuelle détenus par le donneur. La raison pour laquelle ces 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 81, paragraphe 1, est susceptible de s'appliquer à des clauses de non-contestation lorsque la technologie concédée possède une certaine valeur et défavorise donc, sur le plan de la concurrence,

les entreprises qui ne peuvent pas l'utiliser ou qui peuvent seulement l'utiliser moyennant le versement de redevances<sup>(48)</sup>. Dans ce cas, il est peu probable que les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, soient remplies<sup>(49)</sup>. Toutefois, la Commission est favorable aux clauses de non-contestation 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.

113. Le règlement d'exemption par catégorie couvre la possibilité, pour le donneur, de résilier l'accord de licence en cas de contestation de la technologie concédée. Le donneur n'est donc pas contraint de continuer à traiter avec un preneur qui conteste la matière même de l'accord de licence, ce qui signifie qu'en cas de résiliation, toute poursuite de l'utilisation de la technologie contestée par le preneur se fait aux risques et périls de celui qui en a contesté la validité. Toutefois, conformément à l'article 5, paragraphe 1, point c), le règlement d'exemption par catégorie ne couvre pas les obligations contractuelles obligeant le preneur à ne pas contester la technologie concédée, ce qui permettrait au donneur de poursuivre le preneur pour rupture de contrat et aurait pour effet de créer un motif supplémentaire incitant le preneur à ne pas contester la validité de la technologie du donneur. Cette disposition garantit que le preneur se trouve dans la même position que des tiers.
114. L'article 5, paragraphe 2, exclut, dans le cas des accords entre non-concurrents, l'application de l'exemption par catégorie aux obligations directes et indirectes limitant la capacité du preneur à exploiter sa propre technologie ou la capacité des parties à l'accord à effectuer de la recherche-développement, sauf si cette dernière restriction est indispensable pour empêcher la divulgation du savoir-faire concédé à des tiers. Cette condition est la même que celle figurant à l'article 4, paragraphe 1, sous d), dans la liste des restrictions caractérisées relatives aux accords entre concurrents, qui est traitée aux points 94 et 95 ci-dessus. 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 mentionnées à l'article 81, paragraphe 3, ne sont généralement pas remplies<sup>(50)</sup>. Ces accords doivent être appréciés individuellement.
115. 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<sup>(51)</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 sa propre technologie ou la recherche-développement sont normalement considérées comme restreignant la concurrence et ne satisfaisant pas aux conditions énoncées à l'article 81, 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 produit à partir de sa propre technologie, limitera généralement sa capacité à exploiter sa propre technologie et sera donc exclue du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie.

116. 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. Il est alors peu probable que les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, soient remplies. Lorsque plusieurs technologies sont disponibles et que les parties ne possèdent pas d'actifs ou de compétences particuliers, les restrictions de la recherche-développement sont susceptibles soit de ne pas entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, parce qu'elles n'ont pas d'effets restrictifs sensibles, soit de remplir les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3. Ces restrictions peuvent favoriser la diffusion de technologies nouvelles en garantissant au donneur que le preneur ne deviendra pas un nouveau concurrent et en incitant le preneur à se concentrer sur l'exploitation et le développement de la technologie concédée. En outre, l'article 81, 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 tel 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.

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

### 6.1. Procédure de retrait

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

118. Les quatre conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont cumulatives et doivent toutes être remplies pour que l'exemption soit applicable<sup>(52)</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.

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

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

- 1) l'accès au marché de technologies appartenant à des tiers est restreint, par exemple en raison de l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords restrictifs similaires interdisant aux preneurs d'utiliser les technologies de tiers;
- 2) l'accès au marché de preneurs potentiels est restreint, par exemple en raison de l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords restrictifs similaires interdisant aux donneurs d'accorder des licences à d'autres preneurs;
- 3) sans raison objectivement valable, les parties n'exploitent pas la technologie concédée.

121. 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 possi-

bles 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 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 à la section IV.2.7 ci-dessous. En outre, la Commission est susceptible de retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie lorsqu'un nombre important de donneurs de technologies concurrentes dans des accords individuels imposent à leurs preneurs de leur étendre les conditions plus favorables convenues avec d'autres donneurs.

122. La Commission peut également retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie lorsque les parties s'abstiennent d'exploiter la technologie concédée, sauf si elles ont une raison objective de le faire. En effet, lorsque les parties n'exploitent pas la technologie concédée, aucune activité renforçant l'efficacité ne peut avoir lieu, et l'exemption par catégorie n'a donc plus 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, la Commission examinera très attentivement les cas de non-exploitation.

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

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

124. Alors que le retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie par la Commission en vertu de l'article 6 implique l'adoption d'une décision au titre des articles 7 ou 9 du règlement (CE) n° 1/2003, un règlement de non-application adopté par la Commission en vertu de l'article 7 du règlement d'exemption par catégorie a simplement pour objet de retirer, pour les restrictions et les marchés en cause, le bénéfice du règlement d'exemption par catégorie et de restaurer la pleine applicabilité de l'article 81, paragraphes 1 et 3. En cas d'adoption d'un règlement déclarant le règlement d'exemption par catégorie inapplicable à des accords contenant certaines restrictions sur un marché donné, les critères énoncés dans la jurisprudence pertinente des juridictions communautaires ainsi que les communications et les décisions antérieures adoptées par la Commission fourniront des orientations sur l'application de l'article 81 à des accords individuels. Le cas échéant, la Commission adoptera une décision sur un cas individuel qui fournira des orientations à toutes les entreprises opérant sur le marché concerné.
125. 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.
126. L'article 7 n'implique pas, pour la Commission, une obligation d'agir dès lors que le taux de couverture de 50 % est dépassé. D'une manière générale, la non-application s'impose lorsqu'il est probable que l'accès au marché en cause, ou la concurrence qui règne sur ce marché, sont restreints de façon sensible. Lorsqu'elle sera appelée à évaluer la nécessité d'appliquer l'article 7, la Commission examinera si un retrait individuel ne constituerait pas une solution plus appropriée. Cela peut notamment dépendre du nombre d'entreprises concurrentes contribuant à produire un effet cumulatif sur un marché ou du nombre de marchés géographiques affectés au sein de la Communauté.
127. Le champ d'application d'un règlement adopté en vertu de l'article 7 doit être clairement défini. Cela signifie tout d'abord que la Commission doit définir les marchés de produits et les marchés géographiques en cause et, ensuite, qu'elle doit identifier le type de restrictions pour lesquelles le règlement d'exemption par catégorie ne sera plus applicable. Pour ce qui est de ce second aspect, la Commission peut moduler le champ d'application de son règlement 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, la Commission peut néanmoins limiter le champ d'application de son règlement de non-application aux seules obligations de non-concurrence dépassant une certaine durée. C'est ainsi que des accords d'une durée plus courte ou d'une nature moins restrictive pourront ne pas être touchés, l'effet d'exclusion des restrictions en cause étant jugé moins important. Le cas échéant, la Commission pourra également fournir des orientations en spécifiant le niveau de part de marché en dessous duquel elle estime que, dans le contexte en cause, une entreprise isolée ne pourra pas contribuer de façon sensible à l'effet cumulatif. En général, on considère que lorsque la part de marché détenue par les produits comportant une technologie concédée par un donneur individuel ne dépasse pas 5 %, l'accord ou le réseau d'accords couvrant cette technologie ne contribue pas d'une manière significative à un effet cumulatif de verrouillage du marché <sup>(53)</sup>.
128. La période de transition de six mois au moins que la Commission devra prévoir conformément à l'article 7, paragraphe 2, devrait permettre aux entreprises concernées d'adapter leurs accords afin de tenir compte du règlement entérinant la non-application du règlement d'exemption par catégorie.
129. Un règlement de non-application du règlement d'exemption par catégorie n'affectera pas l'exemption par catégorie accordée aux accords concernés pendant la période précédant son entrée en vigueur.

#### IV. APPLICATION DE L'ARTICLE 81, PARAGRAPHES 1 ET 3, EN DEHORS DU CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE

##### 1. Cadre d'analyse général

130. Les accords ne pouvant pas bénéficier d'une exemption par catégorie, par exemple parce que les seuils de parts de marché sont dépassés ou parce que l'accord a été conclu entre plus de deux parties, doivent être appréciés individuellement. Les accords qui soit ne restreignent pas la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, soit remplissent les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sont valides et applicables. Rappelons qu'il n'existe aucune présomption d'illégalité pour les accords n'entrant pas dans le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, pour autant qu'ils ne contiennent pas de restrictions caractérisées de la concurrence. Il n'existe en particulier aucune présomption d'application de l'article 81, 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 requise.
131. 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, la Commission considère qu'en dehors des restrictions caractérisées, une infraction à l'article 81 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. Le fait qu'un accord n'entre pas dans le champ d'application de la sphère de sécurité décrite au présent point n'implique pas qu'il soit couvert par l'article 81, paragraphe 1, ni, si tel est le cas, que les conditions de l'article 81, 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 négative selon laquelle l'accord n'est pas interdit par l'article 81. 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.

### 1.1. Facteurs pertinents

132. Lorsque l'on applique l'article 81 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:

- a) nature de l'accord;
- b) position des parties sur le marché;
- c) position des concurrents sur le marché;
- d) position sur le marché des acheteurs des produits fabriqués sous licence;
- e) barrières à l'entrée;
- f) degré de maturité du marché; et
- g) autres facteurs.

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

133. 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.

134. La position des parties sur le marché donne une indication du degré de puissance de marché que possèdent, le cas échéant, le donneur, le preneur, ou les deux. Plus leur part de marché est élevée, plus ils risquent d'être puissants. Cela est notamment le cas lorsque la part de

marché traduit des avantages en matière de coûts, ou d'autres avantages concurrentiels, que les parties possèdent vis-à-vis de leurs concurrents. Ces avantages peuvent par exemple être liés au fait d'avoir été le premier à pénétrer sur un marché, de détenir des brevets essentiels ou une meilleure technologie que celles des autres opérateurs.

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

136. 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 risques que les parties puissent exercer individuellement une puissance 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.

137. 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 reflète l'importance de sa demande de fournisseurs éventuels. D'autres indicateurs sont la position de l'acheteur sur son marché de la revente, y compris des caractéristiques telles que l'étendue géographique de ses débouchés et l'image de sa marque chez les consommateurs finals. Dans certains cas, la puissance d'un acheteur peut empêcher le donneur et/ou le preneur d'exercer sa puissance sur le marché et empêcher ainsi un éventuel problème de concurrence de se poser. C'est notamment le cas lorsque des acheteurs puissants ont la capacité et l'intérêt nécessaires pour introduire de nouvelles sources d'approvisionnement sur le marché en cas d'augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs. Lorsque des acheteurs obtiennent simplement des conditions favorables du fournisseur ou se contentent de répercuter chaque augmentation de prix sur leurs clients, la position qu'ils détiennent n'est pas de nature à empêcher le preneur d'exercer sa puissance sur le marché de produits et donc à résoudre le problème de concurrence qui se pose sur ce marché<sup>(54)</sup>.

138. Les *barrières à l'entrée* sont évaluées en calculant la mesure dans laquelle les entreprises présentes sur le marché peuvent augmenter leurs prix au-delà du niveau concurrentiel sans provoquer l'arrivée de nouvelles sociétés. En l'absence de barrières à l'entrée, la possibilité d'une entrée facile et rapide rendrait de telles augmentations non rentables. Lorsque des entrées effectives, qui empêcheront ou limiteront l'exercice d'une puissance de marché, sont susceptibles d'intervenir dans un délai d'un an ou deux, on considère généralement que les barrières à l'entrée sont faibles. Les barrières à l'entrée peuvent être dues à un grand nombre de facteurs, par exemple des économies d'échelle et de gamme, des réglementations, notamment lorsqu'elles créent des droits exclusifs, des aides d'État, des droits de douane à l'importation, des droits de propriété intellectuelle, la possession de ressources dont la disponibilité est limitée, par exemple pour des raisons naturelles, la possession d'installations essentielles, l'avantage lié au fait d'être la première entreprise implantée sur le marché concerné 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.
139. Un *marché parvenu à maturité* est un marché qui existe depuis un certain temps, sur lequel la technologie utilisée est bien connue, largement utilisée et n'évolue plus beaucoup et sur lequel la demande est relativement stable, voire en baisse. Sur un tel marché, les restrictions de la concurrence ont plus de chances d'avoir des effets négatifs que sur des marchés plus dynamiques.
140. Lors de l'appréciation de restrictions spécifiques, il faudra éventuellement prendre 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.
- 1.2. Effets négatifs des accords de licence restrictifs**
141. Les effets négatifs que les accords de transfert de technologie restrictifs risquent d'avoir sur la concurrence englobent les effets suivants:
- 1) 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;
  - 2) exclusion des concurrents obtenue en faisant monter leurs coûts, en restreignant leur accès à des facteurs de production essentiels ou en élevant d'autres barrières à l'entrée; et
  - 3) réduction de la concurrence intratechnologique entre les entreprises fabriquant des produits à partir de la même technologie.
142. 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 point 208 ci-dessous).
143. 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 des opinions identiques sur les modalités de la coordination à mettre en place<sup>(55)</sup>.

144. 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 une puissance de marché suffisante lie ensemble différentes parties d'une technologie qu'il concède globalement, alors qu'une partie seulement de cet ensemble est nécessaire pour fabriquer un produit donné.
145. 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 intratechnologique peuvent faciliter la collusion entre les propriétaires de technologies concurrentes ou réduire la concurrence intertechnologique en créant des barrières à l'entrée.
- 1.3. Effets positifs des accords de licence restrictifs et cadre d'analyse de ces effets**
146. Même les accords de licence restrictifs ont aussi principalement des effets proconcurrentiels, en l'occurrence des gains d'efficacité, susceptibles de compenser leurs effets anticoncurrentiels. L'appréciation se fera en vertu de l'article 81, paragraphe 3, qui prévoit une dérogation à la règle d'interdiction figurant à l'article 81, paragraphe 1. Pour que cette dérogation soit applicable, l'accord de licence doit apporter des avantages économiques objectifs, les restrictions de la concurrence doivent être indispensables pour parvenir à ces gains d'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.
147. Les accords restrictifs sont évalués au regard de l'article 81, paragraphe 3, dans le cadre réel où ils se produisent<sup>(56)</sup> et sur la base des faits existant à un moment donné. L'appréciation tient compte des modifications importantes des faits. La règle d'exemption de l'article 81, 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>(57)</sup>. Toutefois, lorsque l'on applique l'article 81, paragraphe 3, conformément à ces principes, 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 81 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 81, paragraphe 1, ou remplisse les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, selon le cas, pendant la période nécessaire à la rentabilisation de l'investissement.
148. La première condition énoncée à l'article 81, 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 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 sur les restrictions verticales<sup>(58)</sup>. Des accords par lesquels des détenteurs de technologies mettent ensemble plusieurs technologies pour les concéder sous licence à des tiers peuvent également entraîner des gains d'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.
149. Pour s'assurer que les restrictions sont indispensables, ainsi que l'exige l'article 81, paragraphe 3, la Commission examinera notamment si chaque restriction permet de réaliser l'activité en cause de façon plus efficace que cela aurait été le cas si 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 81, paragraphe 3, ne sont pas tenues d'envisager des solutions purement 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 pas essentielles<sup>(59)</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 pourrait 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.

150. La condition imposant que les consommateurs reçoivent une part équitable des profits signifie que les consommateurs des produits fabriqués dans le cadre de la licence doivent bénéficier de compensations au moins pour les effets négatifs de l'accord<sup>(60)</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 d'éventuelles hausses de prix<sup>(61)</sup>.
151. La dernière condition énoncée à l'article 81, paragraphe 3, selon laquelle l'accord ne doit pas donner aux parties la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, présuppose une analyse des autres sources de pressions concurrentielles sur le marché et de l'impact de l'accord sur ces sources de concurrence. Lors de l'application de la dernière condition figurant à l'article 81, paragraphe 3, il convient de tenir compte de la relation entre l'article 81, paragraphe 3, et l'article 82. Il est de jurisprudence constante que l'application de l'article 81, paragraphe 3, ne peut préjuger de l'application de l'article 82 du traité<sup>(62)</sup>. En outre, comme les articles 81 et 82 ont tous deux pour objectif le maintien d'une concurrence effective sur le marché, il convient, pour des raisons de cohérence, que l'article 81, paragraphe 3, soit interprété comme excluant toute application de la dérogation aux accords restrictifs qui constituent un abus de position dominante<sup>(63)</sup>.
152. Le fait que l'accord réduise sensiblement l'un des paramètres de la concurrence ne signifie pas nécessairement que toute concurrence soit éliminée au sens de l'article 81, paragraphe 3. Un accord de regroupement de technologies, par exemple, peut aboutir à la création d'une norme industrielle et à une situation dans laquelle la concurrence est faible en termes de format technologique. Dès lors que les principaux opérateurs du marché ont adopté un certain format, les effets de réseau font qu'il est très difficile pour les autres formats de survivre. Cela ne signifie toutefois pas que la création d'une norme industrielle de fait élimine toujours la concurrence au sens de la dernière condition de l'article 81, paragraphe 3. Dans le cadre de cette norme, les fournisseurs peuvent en effet être en concurrence sur les prix, la qualité et les caractéristiques des produits. Toutefois, pour que l'accord soit conforme à l'article 81, paragraphe 3, il convient de s'assurer qu'il ne restreint pas indûment la concurrence et qu'il ne restreint pas non plus indûment toute innovation future.

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

153. 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 de précédentes parties des présentes lignes directrices, notamment aux sections III.4 et III.5, ne seront traitées que succinctement dans la présente section.

154. Celle-ci couvre à la fois les accords entre non-concurrents et les accords entre concurrents. En ce qui concerne ces derniers, une distinction est opérée, le cas échéant, entre accords réciproques et accords non réciproques. Une telle distinction n'est pas nécessaire dans le cas des accords entre non-concurrents. Lorsque des entreprises ne sont ni des concurrents réels ni des concurrents potentiels sur un marché de technologies en cause ou sur un marché de produits comportant la technologie concédée, une licence réciproque ne diffère pas, sur le plan pratique, de la concession de deux licences séparées. Les accords par lesquels les parties réunissent un ensemble technologique qui est ensuite concédé sous licence à des tiers sont des accords de regroupement de technologies et ils sont traités à la section 4 ci-dessous.

155. 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 81, 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 la technologie concédée après l'expiration de l'accord, pour autant que la technologie concédée demeure valide et en vigueur;
- d) obligation d'aider le donneur à faire appliquer les droits de propriété intellectuelle concédés;

- e) obligation de verser des redevances 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.

### 2.1. Obligations en matière de redevances

156. Les parties à un accord de licence peuvent normalement, sans que cet accord n'entre dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, déterminer librement les redevances payables par le preneur ainsi que leur mode de règlement. Ce principe s'applique tant aux accords entre concurrents qu'aux accords entre non-concurrents. Le versement de redevances peut par exemple se faire sous forme de 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. 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 81, paragraphe 1.
157. Dans le cas d'accords de licence entre concurrents, il convient de rappeler (voir les points 80 et 81 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 constitue une restriction caractérisée [voir article 4, paragraphe 1, point a)]. Il y a restriction caractérisée en vertu 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 en vertu de cette disposition ainsi que de l'article 4, paragraphe 1, point d), si les redevances s'étendent à des produits exclusivement à partir de la technologie du preneur.
158. 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 81, 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 convient de tenir compte des 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 81, paragraphe 3, soient remplies. L'article 81, paragraphe 1, peut également s'appliquer lorsque le montant des redevances courantes réciproques par unité augmente parallèlement à la production. Si les parties ont

une grande puissance de marché, de telles redevances peuvent avoir pour effet de limiter la production.

159. Indépendamment du fait que l'exemption par catégorie ne s'applique que si la technologie est valide et appliquée, 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 81, 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 anti-concurrentiels sensibles.
160. 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 similaires 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. Pour cela, il faut appliquer le cadre d'analyse défini à la section 2.7 ci-dessous. Lorsque les effets de verrouillage du marché sont sensibles, de tels accords sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, et il est peu probable qu'ils remplissent les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, sauf s'il n'existe aucun autre moyen pratique de calculer et de contrôler le versement des redevances.

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

161. 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).

#### 2.2.1. Licences exclusives et uniques

162. Une licence est considérée comme exclusive si seul le preneur est autorisé à produire sur la base de la technologie concédée sur un territoire donné. Le donneur s'engage donc à ne pas produire lui-même ou accorder de licence de production à d'autres preneurs sur un territoire donné. Celui-ci peut s'étendre au monde entier. 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.

163. Les accords de concession réciproque de licences exclusives entre concurrents relèvent de l'article 4, paragraphe 1, point c), en vertu duquel la répartition des marchés entre concurrents constitue une restriction caractérisée. Les accords de concession réciproque de licences uniques entre concurrents bénéficient 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 une puissance de marché importante, 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.
164. 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 membre, 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 81, 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 81, 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 81, paragraphe 1, soit enfreint.
165. La concession de licences exclusives entre non-concurrents — dans la mesure où elle relève de l'article 81, paragraphe 1<sup>(64)</sup> — est susceptible de remplir les conditions de l'article 81, 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. La Commission ne remettra donc qu'exceptionnellement en cause les licences exclusives dans des accords entre non-concurrents, indépendamment de la portée territoriale de la licence.
166. 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 81, paragraphe 1, et ont peu de chances de remplir les conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3. Toutefois, il faut impérativement 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 et permettre au preneur de conserver sa puissance de marché.
167. 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. La Commission appréciera ces accords sur la base des mêmes principes que ceux appliqués aux accords de regroupement de technologies (voir section 4 ci-dessous). Elle exigera normalement que les technologies à la base d'une telle norme soient concédées à des tiers à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires<sup>(65)</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.
- ### 2.2.2. Restrictions des ventes
168. 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.
169. 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). Les restrictions des ventes imposées à l'une des parties dans un accord réciproque entre concurrents tombent sous le coup de l'article 81, paragraphe 1, et ont peu de chances de remplir les conditions de l'article 81, 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.
170. Dans le cas des accords non réciproques entre concurrents, l'exemption par catégorie s'applique aux restrictions des ventes actives et 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), sous iv)]. Au-delà du seuil de part de marché de 20 %, les restrictions des ventes

- entre donneur et preneur relèvent de l'article 81, paragraphe 1, lorsque les deux parties ou l'une d'entre elles ont une forte puissance 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 81, paragraphe 3. Tel peut être le cas lorsque le donneur a une position de marché relativement faible sur le territoire sur lequel 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 leur absence, le donneur risquerait 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.
171. 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. Il faut toutefois impérativement que l'accord entre les parties en question soit non réciproque. Au-delà du seuil de part de marché, de telles restrictions des ventes actives sont susceptibles de relever de l'article 81, paragraphe 1, lorsque les parties ont une forte puissance de marché. Toutefois, la restriction est susceptible d'être indispensable au sens de l'article 81, 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.
172. 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 au donneur peut ne pas relever de l'article 81, paragraphe 1, si l'on peut parvenir à la conclusion, sur la base de facteurs objectifs, qu'en l'absence de restriction des ventes, il n'y aurait pas eu concession de la licence. On ne peut normalement pas attendre du propriétaire d'une technologie qu'il suscite l'arrivée de concurrents directs sur la base de sa propre technologie. Dans d'autres cas, les restrictions imposées aux ventes du preneur peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, lorsque le donneur possède lui-même une grande puissance de marché ou lorsqu'il y a effet cumulatif d'accords similaires conclus par des donneurs qui détiennent ensemble une forte position sur le marché.
173. Les restrictions imposées aux ventes du donneur, lorsqu'elles relèvent de l'article 81, paragraphe 1, remplissent normalement les conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3, sauf lorsqu'il n'existe sur le marché aucune solution de remplacement réelle à la technologie du donneur ou lorsque ces solutions de remplacement sont concédées au preneur par des tiers. De telles restrictions, notamment celles relatives aux ventes actives, sont souvent indispensables au sens de l'article 81, 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 devait se trouver confronté à la concurrence directe du donneur, dont les coûts de production ne sont pas grevés par les redevances à payer, ce qui pourrait conduire à des niveaux sous-optimaux d'investissement.
174. 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, 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 81, paragraphe 1, si un preneur détient une forte puissance de marché. Toutefois, ce type de restrictions peut remplir les conditions figurant à l'article 81, paragraphe 3, lorsqu'elles sont nécessaires pour empêcher tout parasitisme et inciter le preneur à effectuer l'investissement nécessaire à l'exploitation efficace de la technologie concédée à l'intérieur de son territoire et à promouvoir les ventes des produits fabriqués sous licence. La restriction des ventes passives figure dans la liste des restrictions caractérisées mentionnées à l'article 4, paragraphe 2, point b), (voir point 101 ci-dessus) lorsqu'elle excède deux ans à compter de la date à laquelle le preneur bénéficiant des restrictions a commercialisé pour la première fois le produit comportant la technologie concédée sur son territoire exclusif. La restriction des ventes passives au-delà de cette période de deux ans ne remplit généralement pas les conditions mentionnées à l'article 81, paragraphe 3.

### 2.3. Limitation de la production

175. La limitation réciproque de la production dans le cadre d'accords de licence entre concurrents constitue une restriction caractérisée relevant de l'article 4, paragraphe 1, point b), du règlement d'exemption par catégorie (voir point 82 ci-dessus). Cette disposition ne couvre pas les limitations de la production imposées 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 une grande puissance de marché. L'article 81, 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 81, 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 81, paragraphe 3. Toutefois, cela ne sera probablement pas le cas si les parties disposent d'une forte puissance de marché.

176. 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.
177. 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.
178. 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 des preneurs peut alors se retrouver sur le principal territoire d'activités du donneur et avoir ainsi une incidence directe sur ces activités. En revanche, la limitation de la production est sans doute moins nécessaire pour garantir la diffusion de la technologie du donneur lorsqu'elle est 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.

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

179. Lorsqu'il y a limitation du domaine d'utilisation, la licence est limitée soit à un ou plusieurs domaines techniques d'application soit à un ou plusieurs marchés de produits.

Il existe de nombreux cas dans lesquels une même technologie peut être utilisée pour fabriquer différents produits ou peut être intégrée à des produits appartenant à des marchés de produits différents. Une nouvelle technologie de moulage peut par exemple être utilisée pour fabriquer des bouteilles et des verres en plastique, deux produits appartenant à des marchés différents. 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 (jeux de puces) 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.

180. Les limitations du domaine d'utilisation bénéficiant d'une 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 sous licence.
181. 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 à 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 2.2.1 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).

182. 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 introduise de tels recours.
183. 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 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 sur un autre marché de produits ou dans un autre domaine technique d'utilisation. Des problèmes de concurrence peuvent notamment se poser lorsque le preneur utilise également ses installations de production, équipées en vue de l'utilisation de la technologie concédée, pour fabriquer des produits avec sa propre technologie en dehors du domaine d'utilisation concédé. 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 81, 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 81, 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 81, 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 introduise de 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 conformément à l'article 4, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie.
184. 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'opérer dans les domaines dans lesquels il exploite lui-même sa technologie, il n'aurait probablement plus aucun intérêt à concéder des licences.
185. 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 section 2.2.1 ci-dessus).
- ### 2.5. Obligation d'usage captif
186. 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 couvre pas 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 quels sont les effets proconcurrentiels et anti-concurrentiels des restrictions en cause. À cet égard, une distinction doit être opérée entre accords entre concurrents et accords entre non-concurrents.
187. 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 une grande puissance de marché sur le marché des composants.

188. En ce qui concerne les accords de licence entre non-concurrents, les obligations d'usage captif peuvent comporter deux grands risques pour la concurrence: a) une restriction de la concurrence intratechnologique sur le marché de la fourniture des facteurs de production et b) une exclusion de l'arbitrage entre preneurs, qui confère au donneur une plus grande possibilité d'imposer des redevances discriminatoires aux preneurs.
189. 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 81, paragraphe 3. Toutefois, il faut impérativement que le preneur ait toute liberté de vendre les produits en cause en tant que pièces de rechange pour ses propres produits. Il doit être en mesure d'assurer le service après-vente pour ses propres produits, y compris par le biais de sociétés de service après-vente indépendantes qui entretiennent et réparent ses produits.
190. Lorsque le donneur n'est pas un fournisseur de composants sur le marché en cause, la raison justifiant l'obligation d'usage captif mentionnée ci-dessus est sans objet. Dans de tels cas, une obligation d'usage captif peut en principe favoriser la diffusion de la technologie, en garantissant que les preneurs ne vendront pas les composants à des producteurs qui sont en concurrence avec le donneur sur d'autres marchés. Toutefois, il existe alors normalement une autre solution moins restrictive, qui consiste à imposer au preneur de ne pas vendre à certains groupes de clients réservés au donneur. Par conséquent, dans de tels cas, une obligation d'usage captif n'est normalement pas nécessaire pour que la technologie puisse être diffusée.

## 2.6. Licences liées et licences groupées

191. 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.
192. 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.
193. 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 une puissance de marché 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 une puissance de marché pour les produits liants, afin de pouvoir restreindre la concurrence sur les produits liés. En l'absence de puissance de marché pour le produit liant, le donneur ne peut pas utiliser sa technologie dans le but anticoncurrentiel d'exclure les fournisseurs du produit lié. En outre, 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'une certaine puissance sur le marché du produit lié plutôt que sur celui du produit liant, la restriction est considérée comme une clause de non-concurrence ou une obligation quantitative, en raison du fait que tout problème de concurrence a son origine sur le marché du produit «lié» et non du produit «liant»<sup>(66)</sup>.
194. 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 81, paragraphe 3. Lorsque les preneurs utilisent la marque ou le nom du donneur ou lorsqu'il est clair, pour les consommateurs, qu'il existe un lien entre le produit comportant la technologie concédée et le donneur, il est légitime que le donneur s'assure que la qualité des produits soit telle qu'elle ne porte pas atteinte à sa technologie ou à sa réputation en tant qu'opérateur économique. En outre, lorsque les consommateurs savent que les preneurs (et le donneur) fabriquent les produits à partir de la même technologie, il est peu probable que les preneurs accepteraient de prendre une licence si la technologie n'était pas exploitée par tous d'une façon techniquement satisfaisante.

195. 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 81, paragraphe 1, les conditions figurant à l'article 81, 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.

## 2.7. Obligations de non-concurrence

196. 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 précédente relative aux licences liées.

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

198. Le principal risque que les obligations de non-concurrence posent pour la concurrence est l'élimination de technologies appartenant à des tiers. Elles peuvent également faciliter la collusion entre donneurs lorsqu'il y a usage cumulatif. L'exclusion de technologies concurrentes réduit les pressions concurrentielles qui s'exercent sur les redevances facturées par le donneur et limite aussi la concurrence entre les technologies en place en réduisant les possibilités de passage d'une technologie à l'autre qu'ont les preneurs. Les accords entre concurrents et les accords entre non-concurrents peuvent généralement être analysés de la même manière, dans la mesure où dans les deux cas, c'est l'exclusion des autres technologies qui constitue le principal problème. Toutefois, dans le cas d'un accord de licences croisées entre concurrents dans lequel les deux parties conviennent de ne pas utiliser des technologies appartenant à des tiers, l'accord peut faciliter une collusion entre elles sur le marché de produits, ce qui justifie la fixation d'un seuil de part de marché plus faible de 20 %.

199. Il peut y avoir verrouillage du marché lorsqu'une partie importante des preneurs potentiels sont déjà liés à une ou, dans le cas d'effets cumulatifs, à plusieurs sources technologiques et n'ont pas la possibilité d'exploiter des technologies concurrentes. Un verrouillage peut être

provoqué par des accords conclus par un seul donneur disposant d'une grande puissance de marché ou par l'effet cumulatif d'accords conclus par plusieurs donneurs, même lorsque chaque accord individuel ou réseau individuel d'accords est couvert par le règlement d'exemption par catégorie. Dans ce dernier cas, toutefois, un effet cumulatif grave n'est guère susceptible de se produire tant que la proportion du marché lié par les accords est inférieure à 50 %. Au-delà de ce seuil, 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, la Commission utilisera le cadre d'analyse exposé à la section IV.2.1 des lignes directrices sur les restrictions verticales <sup>(67)</sup>.

200. Lorsque le donneur détient une forte puissance de marché, toute obligation imposée aux preneurs de n'acquérir la technologie qu'auprès du donneur peut entraîner des effets de verrouillage sensibles. Plus la position détenue par le donneur sur le marché est forte, plus le risque d'exclusion des technologies concurrentes est élevé. Pour que les effets de verrouillage soient sensibles, il n'est pas nécessaire que les obligations de non-concurrence couvrent une partie substantielle du marché; il suffit 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 de produits comportant les facteurs de production produits à partir de la technologie concédée. 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, et sauf lorsque quelques entreprises seulement possèdent ou sont capables d'obtenir les actifs nécessaires pour prendre une licence, il est peu probable qu'en imposant des obligations de non-concurrence à ses preneurs, le donneur soit en mesure d'empêcher des concurrents d'avoir accès à des preneurs efficaces.

201. Des obligations de non-concurrence peuvent également avoir des effets proconcurrentiels. Premièrement, elles peuvent favoriser la diffusion des technologies en réduisant le risque d'appropriation frauduleuse de la technologie concédée, notamment du savoir-faire. Si un preneur est autorisé à obtenir des licences sur des technologies concurrentes appartenant à des tiers, il existe un risque qu'un savoir-faire particulier obtenu sous licence soit utilisé pour l'exploitation de technologies concurrentes et bénéficie ainsi à des concurrents. Lorsqu'un preneur exploite également des technologies concurrentes, cela rend normalement aussi le contrôle du paiement des redevances plus difficile, ce qui pourrait inciter les donneurs à ne pas concéder de licence.
202. 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 81, paragraphe 1, en raison d'un verrouillage sensible, il peut être nécessaire, pour bénéficier de l'article 81, 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.
203. 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.
- ### 3. Accords de règlement et de non-revendication
204. La concession de licences peut servir d'instrument de règlement des litiges ou à éviter que l'une des parties exerce ses droits de propriété intellectuelle en vue d'empêcher l'autre partie d'exploiter sa propre technologie. Les licences, y compris les licences croisées, dans le cadre d'accords de règlement ou de non-revendication ne constituent pas en soi une restriction de la concurrence, puisqu'elles permettent aux parties d'exploiter leurs technologies après la conclusion de l'accord. Toutefois, certaines conditions énoncées dans de tels accords peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 81, 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. Dans le cas de technologies qui, d'un point de vue technique, sont des substituts, il convient donc d'apprécier dans quelle mesure les technologies en question peuvent se trouver dans une situation de blocage unilatéral ou bilatéral (voir le point 32 ci-dessus). Si tel est le cas, les parties ne sont pas considérées comme des concurrents.
205. L'exemption par catégorie est applicable, sous réserve que l'accord ne contienne pas de restrictions caractérisées de la concurrence au sens de l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie. La liste des restrictions caractérisées figurant à l'article 4, paragraphe 1, peut notamment s'appliquer lorsque les parties étaient conscientes de l'absence de toute situation de blocage et qu'elles sont donc des concurrents. Dans ces conditions, le règlement est seulement un moyen de restreindre la concurrence qui existait en l'absence de l'accord.
206. Dans les cas où le preneur serait probablement exclu du marché si la licence n'existait pas, l'accord est généralement favorable à la concurrence. Les restrictions limitant la concurrence intratechnologique entre le donneur et le preneur sont souvent compatibles avec l'article 81 (voir section 2 ci-dessus).
207. Les accords 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 81, paragraphe 1. Lorsque les parties ont une forte puissance 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 81, paragraphe 1, même s'il est probable qu'il existe une situation de blocage mutuel. L'article 81, 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.
208. Lorsque l'accord 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 une forte position sur le marché, l'accord est susceptible de relever de l'article 81, 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 81, paragraphe 3. Il est particulièrement improbable que la restriction puisse être considérée comme indispensable au sens de la troisième condition de l'article 81, 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.

209. Dans le cadre d'un accord de règlement et de non-revendication, des clauses de non-contestation sont généralement considérées comme ne relevant pas de l'article 81, 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 qu'ils couvrent. En effet, le véritable objectif de l'accord est de régler les litiges existants et/ou d'éviter des litiges futurs.

#### 4. Accords de regroupement de technologies

210. 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.

211. Il n'y a pas de lien systématique entre les accords de regroupement de technologies et les normes, mais, dans certains cas, les technologies en cause couvrent (entièrement ou en partie) une norme industrielle de fait ou de droit. Lorsque de tels accords couvrent des normes industrielles, ce n'est pas nécessairement une norme unique. Des accords de regroupement de technologies différents peuvent couvrir des normes concurrentes<sup>(68)</sup>.

212. Les accords créant des regroupements de technologies et définissant les conditions de leur fonctionnement ne sont pas couverts par l'exemption par catégorie, quel que soit le nombre des parties concernées (voir section III.2.2 ci-dessus). De tels accords 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. Les licences individuelles accordées par les parties à des preneurs tiers, toutefois, sont traitées comme les autres accords de licence et peuvent bénéficier d'une exemption par catégorie lorsque les conditions mentionnées dans le règlement d'exemption par catégorie sont remplies, y compris les conditions figurant à l'article 4, qui concernent les restrictions caractérisées.

213. Les accords de regroupement de technologies peuvent restreindre la concurrence. De tels accords impliquent nécessairement la vente en commun des technologies regroupées ce qui, lorsqu'il s'agit 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 des technologies regroupées qui y sont liées peut rendre plus difficile la pénétration sur le marché de technologies nouvelles et améliorées.

214. Les regroupements de technologies peuvent également 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.

#### 4.1. Nature des technologies regroupées

215. 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.

216. Deux technologies<sup>(69)</sup> 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. Une technologie est considérée comme *essentielle*, par opposition à une technologie *non essentielle*, s'il n'existe pas de substitut pour cette technologie parmi les technologies regroupées ou parmi les autres, et si la technologie en question constitue une partie nécessaire de l'ensemble des technologies regroupées pour fabriquer les produits ou réaliser les processus auxquels le regroupement s'applique. Une technologie pour laquelle il n'existe pas de substitut reste essentielle tant qu'elle est couverte par au moins un droit de propriété intellectuelle valable. Des technologies essentielles sont nécessairement des technologies complémentaires.

217. Lorsque les technologies regroupées sont des substituts, les redevances sont susceptibles d'être plus élevées, parce que les preneurs ne peuvent pas profiter de la rivalité entre ces technologies. Lorsque les technologies sont des compléments, l'accord réduit les coûts de transaction et peut entraîner des redevances globalement plus faibles, parce que les parties sont en mesure de fixer des redevances communes pour l'ensemble des technologies regroupées, au lieu de fixer chacune des redevances ne tenant pas compte de celles fixées par les autres.
218. 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 que cela pourrait leur procurer par rapport à l'utilisation d'une seule d'entre elles.
219. L'inclusion de substituts dans l'accord de regroupement restreint la concurrence intertechnologique et produit les mêmes résultats que des licences groupées collectives. En outre, lorsque les technologies regroupées sont en grande partie des substituts, l'accord équivaut à un accord de fixation des prix entre concurrents. D'une manière générale, la Commission estime que l'inclusion de substituts dans des technologies regroupées constitue une violation de l'article 81, paragraphe 1, et qu'il est peu probable que les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, soient 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. 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 puissance de marché.
220. Lorsque l'accord ne comprend que des technologies qui sont essentielles et qui sont donc nécessairement aussi complémentaires, il n'entre généralement pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, quelle que soit la position des parties sur le marché. Toutefois, les conditions auxquelles les licences sont accordées peuvent entrer dans le champ d'application de cette disposition.
221. Lorsque l'accord porte sur des brevets non essentiels, mais complémentaires, il y a un risque d'exclusion des technologies de tiers. Dès lors qu'une technologie est couverte par l'accord et concédée en tant que partie de l'ensemble des technologies regroupées, les preneurs auront probablement peu d'intérêt à prendre une licence pour une technologie concurrente, puisque la redevance payée pour les technologies regroupées couvre déjà un substitut. En outre, l'inclusion de technologies qui ne sont pas nécessaires pour fabriquer les produits ou réaliser les processus auxquels s'appliquent les technologies regroupées contraint également les preneurs à payer pour des technologies dont ils n'ont peut-être pas besoin. L'inclusion de brevets complémentaires équivaut donc à des licences groupées collectives. Lorsque des technologies regroupées englobent des technologies non essentielles, l'accord risque d'entrer dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, dès lors que les parties à l'accord détiennent des parts importantes sur l'un des marchés en cause.
222. Les technologies complémentaires et de substitution pouvant être mises au point après la création du regroupement, l'appréciation du caractère essentiel est un processus continu. Une technologie peut par conséquent devenir non essentielle après la création du regroupement en raison de l'émergence de nouvelles technologies tierces. L'une des manières d'empêcher l'exclusion de ces technologies tierces est d'exclure du regroupement les technologies devenues non essentielles. Il peut cependant y avoir d'autres moyens d'empêcher l'exclusion des technologies des tiers. Lors de l'appréciation d'accords de regroupement de technologies comprenant des technologies non essentielles, c'est-à-dire des technologies pour lesquelles il existe des substituts en dehors de l'accord ou qui ne sont pas nécessaires pour produire un ou plusieurs produits auxquels l'accord s'applique, la Commission tiendra notamment compte, dans son appréciation globale, des facteurs suivants:
- a) le fait qu'il existe des raisons proconcurrentielles d'inclure les technologies non essentielles dans l'accord;
  - b) le fait que les donneurs gardent la liberté de concéder leurs technologies respectives de façon indépendante. Lorsque l'accord comprend un nombre limité de technologies et qu'il existe des substituts en dehors de l'accord, les preneurs peuvent 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) le fait que, lorsque les technologies regroupées donnent lieu à des applications différentes, dont certaines ne requièrent pas l'utilisation de toutes les technologies, elles ne puissent être concédées que globalement, ou que des ensembles séparés soient proposés pour des applications distinctes. Dans ce dernier cas, on évite de lier des technologies non essentielles pour un produit ou un processus déterminé et des technologies essentielles;
- d) le fait que les technologies regroupées ne puissent être concédées que globalement ou que les preneurs aient la possibilité d'obtenir une licence pour une partie seulement 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.

#### 4.2. Appréciation de restrictions individuelles

223. La présente section concerne un certain nombre de restrictions que l'on retrouve couramment, sous une forme ou sous une autre, dans les accords de regroupement de technologies, et qui doivent être appréciées dans le contexte global de l'accord. Il convient de rappeler (voir point 212 ci-dessus) que le règlement d'exemption par catégorie s'applique aux accords de licence conclus entre les parties à l'accord de regroupement de technologies et des preneurs tiers. La présente section aborde donc uniquement les aspects liés à la création du regroupement de technologies et aux problèmes propres à la concession de licences dans le cadre des regroupements de technologies.
224. Lors de son évaluation, la Commission s'appuiera essentiellement sur les principes suivants:
- 1) plus la position des parties à l'accord de regroupement est forte, plus le risque d'effets anticoncurrentiels est élevé;
  - 2) les accords de regroupement qui couvrent une partie importante du marché devraient être ouverts et non discriminatoires;
- 3) les accords de regroupement ne devront pas exclure indûment des technologies appartenant à des tiers ou limiter la création d'autres regroupements.
225. Les entreprises qui concluent un accord de regroupement de technologies compatible avec l'article 81 et toute norme industrielle dont il est à la base sont normalement libres de négocier et de fixer les redevances pour les technologies concernées, ainsi que la part de chacune de ces technologies dans les redevances totales, soit avant soit après la fixation de la norme. Il s'agit d'une caractéristique propre à ce type de normes ou d'accords, qui ne peut être considérée en soi comme constituant une restriction de la concurrence et peut dans certaines conditions donner de meilleurs résultats. Dans certaines circonstances, il peut être plus efficace de se mettre d'accord sur les redevances avant de choisir la norme et non après l'avoir adoptée, afin d'éviter que le choix de cette norme confère un degré important de puissance sur le marché d'une ou plusieurs technologies essentielles. En revanche, les preneurs doivent rester libres de déterminer le prix des produits qui seront produits sous licence. Lorsque les technologies qui seront incluses dans l'accord sont choisies par un expert indépendant, il peut y avoir une concurrence accrue entre les différentes solutions technologiques disponibles.
226. Lorsque les technologies regroupées détiennent une position dominante sur le marché, les redevances et les autres éléments de l'accord devront être équitables et non discriminatoires; quant aux licences, elles devront être non exclusives. Ces conditions doivent être remplies pour garantir que l'accord reste ouvert et n'entraîne pas le verrouillage du marché et d'autres effets anticoncurrentiels sur les marchés en aval. Toutefois, il n'est pas exclu d'appliquer des redevances différentes pour des usages différents. Le fait d'appliquer des redevances différentes à des marchés de produits différents n'est généralement pas considéré comme une restriction de la concurrence; en revanche, il ne devrait y avoir aucune discrimination à l'intérieur des marchés de produits. Le traitement des preneurs ne devrait notamment pas dépendre du fait qu'ils soient ou non des donneurs. C'est pourquoi la Commission examinera si les donneurs sont également soumis à des obligations de paiement de redevances.
227. Les donneurs et les preneurs de licences doivent pouvoir développer des produits et des normes concurrents et doivent 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. Lorsqu'un accord de regroupement de technologies est 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.

228. 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 que l'exploitation des technologies regroupées ne puisse être entravée par des preneurs qui détiennent ou s'approprient à obtenir des brevets essentiels.
229. L'un des problèmes que posent les accords de regroupement de brevets est qu'ils risquent de protéger des brevets non valables. Le regroupement augmente les coûts et les risques d'une contestation, car il suffit qu'un seul brevet soit valable pour qu'une contestation échoue. La protection de brevets non valables peut contraindre les preneurs à payer des redevances plus élevées et peut également empêcher toute innovation dans le domaine couvert par le brevet non valable. Afin de limiter ce risque, tout droit de résilier une licence en cas de contestation doit être limité aux technologies détenues par le donneur, qui fait l'objet de la contestation, et ne pas s'étendre aux technologies détenues par d'autres donneurs dans le regroupement.
- #### 4.3. Restrictions exclues
230. La façon dont un accord de regroupement de technologies est mis en place, est organisé et fonctionne peut réduire le risque qu'il ait pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, et faire en sorte qu'il soit proconcurrentiel.
231. Lorsque la participation à un processus de création d'une norme et d'un regroupement est ouverte à toutes les parties intéressées, représentant des intérêts différents, les technologies qui seront incluses dans l'accord auront plus de chances d'être sélectionnées sur la base de considérations relatives aux prix et à la qualité que si l'accord est conclu par un groupe limité de détenteurs de technologies. De même, lorsque les parties à l'accord sont composées de personnes représentant des intérêts différents, les conditions de concession de la licence, y compris les redevances, auront plus de chances d'être ouvertes et non discriminatoires et de refléter la valeur de la technologie concédée, que si l'accord est contrôlé par des représentants des donneurs.
232. Un autre facteur important est la mesure dans laquelle des experts indépendants sont associés à la mise en place et au fonctionnement de l'accord. Déterminer si une technologie est ou non essentielle à 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.
233. La Commission tiendra compte de la façon dont les experts sont sélectionnés et de la nature exacte de leurs fonctions. Les experts devraient être indépendants des entreprises qui ont conclu l'accord. S'ils sont liés aux donneurs 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.
234. Il convient également d'examiner les dispositions relatives à l'échange d'informations sensibles entre les parties. Sur des marchés oligopolistiques, l'échange d'informations sensibles, par exemple les données sur les prix et la production, peut faciliter la collusion<sup>(70)</sup>. Dans de tels cas, la Commission examinera si des mesures de sécurité ont été mises en place pour garantir que des données sensibles ne soient pas échangées. Un expert indépendant ou l'organisme qui délivre les licences peuvent jouer un rôle important à cet égard, en garantissant que les données relatives à la production et aux ventes, qui peuvent s'avérer nécessaires pour calculer et vérifier les redevances, ne soient pas divulguées à des entreprises qui sont en concurrence sur les marchés affectés.
235. Enfin, il convient d'examiner les mécanismes de règlement des litiges prévus lors de la mise en place de l'accord. Si la résolution des litiges est confiée à des organismes ou à des personnes qui sont indépendants des parties à l'accord, le règlement des litiges aura plus de chances de fonctionner de façon neutre.

(<sup>1</sup>) JO L 123, 27.4.2004. Ce règlement remplace le règlement (CE) n° 240/96 de la Commission, du 31 janvier 1996, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie (JO L 31 du 9.2.1996, p. 2).

(<sup>2</sup>) Voir arrêt de la Cour du 16.3.2000 dans les affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Rec. 2000, p. I-1365, point 130, et point 106 des lignes directrices de la Commission relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, non encore publiées.

(<sup>3</sup>) Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JO L 1 du 4.1.2003, p. 1).

(<sup>4</sup>) Dans les pages qui suivent, le terme «accord» englobe également les pratiques concertées et les décisions d'associations d'entreprises.

(<sup>5</sup>) Voir communication de la Commission sur la notion d'effet sur le commerce entre États membres figurant aux articles 81 et 82 du traité, non encore publiée.

- (6) Dans les pages qui suivent, le terme «restriction» englobe également les actes ayant pour but d'empêcher et de fausser la concurrence.
- (7) Ce principe de l'épuisement d'un droit dans la Communauté est notamment affirmé à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 104/89/CEE rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO L 40 de 1989, p. 1), qui dispose que le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement.
- (8) En revanche, la vente de copies d'une œuvre protégée n'entraîne pas l'épuisement des droits d'exécution, y compris les droits de location, de cette œuvre, voir à cet égard les affaires 158/86, *Warner Brothers et Metronome Video*, Rec. 1988, p. 2605, et C-61/97, *Foreningen af danske videogramdistributører*, Rec. 1998, p. I-5171.
- (9) Voir par exemple l'arrêt du 13.7.1966 dans les affaires jointes 56/64 et 58/64, *Consten et Grundig*, Rec. 1966, p. 429.
- (10) Les modalités d'application de l'article 81, paragraphe 3, sont définies dans les lignes directrices de la Commission relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, citées à la note 2.
- (11) Voir arrêts du 30.6.1966 dans l'affaire 56/65, *Société Technique Minière*, Rec. 1966, p. 337, et du 28.5.1998 dans l'affaire C-7/95 P, *John Deere*, Rec. 1998, p. I-3111, point 76.
- (12) Voir à ce propos, par exemple, l'arrêt dans l'affaire *Consten et Grundig*, cité à la note 9.
- (13) Voir à cet égard les arrêts dans l'affaire *Société Technique Minière*, cité à la note 11, et dans l'affaire 258/78, *Nungesser*, Rec. 1982, p. 2015.
- (14) Voir à cet égard l'arrêt du 8.7.1999 dans l'affaire C-49/92 P, *Anic Participazioni*, Rec. 1999, p. I-4125, point 99.
- (15) Voir arrêt du 28.4.1984 dans les affaires jointes 29/83 et 30/83, *Cram et Rheinink*, Rec. 1984, p. 1679, point 26, et arrêt du 8.11.1983 dans les affaires jointes 96/82 et autres, *Anseau-Navewa*, Rec. 1983, p. 3369, points 23 à 25.
- (16) Voir l'arrêt rendu dans l'affaire *John Deere*, Rec. 1998, cité à la note 11.
- (17) On trouvera des orientations sur la question du caractère sensible de l'incidence d'un accord dans la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité (JO C 368 du 22.12.2001, p. 13). Cette communication définit le caractère sensible par défaut. Les accords n'entrant pas dans le champ d'application de la communication *de minimis* n'ont pas nécessairement des effets restrictifs sensibles. Une appréciation individuelle est nécessaire.
- (18) Voir article 1<sup>er</sup>, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, cité à la note 3.
- (19) Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5).
- (20) En ce qui concerne la distinction entre ces deux types de marché, voir également les lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale (JO C 3 du 6.1.2001, p. 2, points 44 à 52).
- (21) Voir les points 50 à 52 des lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, citées à la note précédente.
- (22) *Ibidem*, point 51.
- (23) Voir à cet égard la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure, citée à la note 17.
- (24) Conformément à l'article 3, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, le droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui ne sont pas interdits par l'article 81.
- (25) Le règlement (CE) n° 19/65 du Conseil (JO de 1965, p. 533) n'habilite pas la Commission à exempter les accords de transfert de technologie conclus entre plus de deux entreprises.
- (26) Voir considérant 19 du règlement, ainsi que section 2.5 ci-dessous.
- (27) JO C 1 du 3.1.1979, p. 2.
- (28) Voir le point 3 de la communication sur la sous-traitance.
- (29) Voir à cet égard la décision de la Commission dans l'affaire *Moosehead/Whitbread* (JO L 100 du 20.4.1990, p. 32).
- (30) Voir à cet égard l'arrêt du 6.10.1982 dans l'affaire 262/81, *Coditel (II)*, Rec. 1982, p. 3381.
- (31) JO L 336 du 29.12.1999, p. 21.
- (32) JO L 304 du 5.12.2000, p. 3.
- (33) JO L 304 du 5.12.2000, p. 7.
- (34) Voir note 31.
- (35) Voir le guide «La politique de concurrence en Europe — Les règles de concurrence applicables aux accords de fourniture et de distribution», 2002.
- (36) JO C 291 du 3.10.2000, p. 1, ainsi que la note 31.
- (37) Voir ci-dessus, point 29.

- (38) Les raisons de ce mode de calcul sont expliquées au point 23 ci-dessus.
- (39) Voir par exemple la jurisprudence citée à la note 15.
- (40) Voir à cet égard le point 98 des lignes directrices relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, citées à la note 2.
- (41) 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.
- (42) Voir à cet égard l'arrêt du 25.2.1986 dans l'affaire 193/83, *Windsurfing International*, Rec. 1986, p. 611, point 67.
- (43) Pour une définition générale des ventes actives et passives, il convient de se reporter au point 50 des lignes directrices sur les restrictions verticales, citées à la note 36.
- (44) Les limitations du domaine d'utilisation sont examinées plus en détail à la section IV.2.4 ci-dessous.
- (45) Cette restriction caractérisée s'applique aux accords de licence concernant les échanges intracommunautaires. En ce qui concerne les accords concernant les exportations vers des pays tiers ou les importations/réimportations en provenance d'un pays tiers, voir l'affaire C-306/96, *Javico*, Rec. 1998, p. I-1983.
- (46) Voir à cet égard le point 77 de l'arrêt dans l'affaire *Nungesser*, cité à la note 13.
- (47) Voir à cet égard l'arrêt du 25.10.1977 dans l'affaire 26/76, *Metro (I)*, Rec. 1977, p. 1875.
- (48) Si la technologie concédée est obsolète, il n'y a aucune restriction de concurrence; voir à cet égard l'arrêt du 27.9.1988 dans l'affaire 65/86, *Bayer contre Siillhofer*, Rec. 1988, p. 5249.
- (49) En ce qui concerne les clauses de non-contestation dans le cadre d'accords de règlement, voir point 209 ci-dessous.
- (50) Voir ci-dessus, point 14.
- (51) Voir ci-dessus, points 66 et 67.
- (52) Voir à cet égard le point 42 des lignes directrices relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, citées à la note 2.
- (53) Voir à cet égard le point 8 de la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure, citée à la note 17.
- (54) Voir à cet égard l'arrêt du 7.10.1999 dans l'affaire T-228/97, *Irish Sugar*, Rec. 1999, p. II-2969, point 101.
- (55) Voir à cet égard le point 23 des lignes directrices concernant les accords de coopération horizontale, citées à la note 20.
- (56) Voir l'arrêt dans les affaires jointes 25/84 et 26/84, *Ford*, Rec. 1985, p. 2725.
- (57) Voir par exemple à cet égard la décision de la Commission dans l'affaire *TPS* (JO L 90 de 1999, p. 6). De même, l'interdiction édictée à l'article 81, paragraphe 1, s'applique tant que l'accord a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence.
- (58) Cité à la note 36. Voir notamment les points 115 et suivants.
- (59) Pour ce qui est de ces notions, voir section IV.4.1 ci-dessous.
- (60) Voir point 85 des lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité, citées à la note 2.
- (61) *Idem*, points 98 et 102.
- (62) Voir le point 130 de l'arrêt cité à la note 2. De même, l'application de l'article 81, paragraphe 3, ne doit pas faire obstacle à l'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. Ces dispositions sont, dans certaines circonstances, applicables aux accords, décisions et pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1; voir à cet égard l'arrêt du 19.2.2002 dans l'affaire C-309/99, *Wouters*, Rec. 2002, p. I-1577, point 120.
- (63) Voir à cet égard l'arrêt du 10.7.1990 dans l'affaire T-51/89, *Tetra Pak (I)*, Rec. 1990, p. II-309. Voir également le point 106 des lignes directrices de la Commission relatives à l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, citées à la note 2 ci-dessus.
- (64) Voir arrêt dans l'affaire *Nungesser*, cité dans la note 13.
- (65) 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.
- (66) En ce qui concerne le cadre analytique applicable, voir section 2.7 ci-dessous, ainsi que points 138 et suivants des lignes directrices concernant les restrictions verticales, citées à la note 36.
- (67) Voir note 36.
- (68) 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.
- (69) La notion de «technologie» n'est pas limitée aux brevets. Elle couvre également les applications de brevets et les droits de propriété intellectuelle autres que les brevets.
- (70) Voir à cet égard l'arrêt rendu dans l'affaire *John Deere*, cité à la note 11.