

Marchés pertinents et nature des relations concurrentielles dans le cadre de l'appréciation des accords de transfert de technologie

PRANVERA KËLLEZI*

L'analyse des effets concurrentiels et l'application du nouveau règlement communautaire sur l'exemption des accords de transfert de technologie exige, outre la définition des marchés pertinents, la détermination de la nature de la relation concurrentielle entre les parties à l'accord, ainsi que celle du calcul et de l'attribution des parts de marché aux dites parties. Cet article vise à clarifier ces questions fondamentales, en discutant au préalable les marchés susceptibles d'être affectés par l'accord, soit les marchés de technologies et de produits; on ne saurait toutefois négliger la dimension géographique. L'auteur prête une attention particulière à la détermination de la nature de la relation concurrentielle qui existe entre les parties: ce point est essentiel, les accords de licence conclus entre non-concurrents bénéficiant d'un traitement plus favorable que les accords entre concurrents. L'ensemble de cette analyse s'avère nécessaire aussi pour les accords n'entrant pas dans le champ d'application du Règlement 772/2004 ainsi que pour ceux ne bénéficiant pas de l'exemption par catégorie.

- I. Introduction
 - II. Types de marchés concernés
 - III. Nature des relations concurrentielles entre les parties
 1. Relation de concurrence
 2. Relation de non-concurrence
 3. Modification de la nature des relations
 - IV. Attribution des parts de marché et application des seuils
 - V. Appréciation des accords en dehors du champ d'application
 - VI. Remarques conclusives
- Zusammenfassung / Résumé

I. Introduction

Le nouveau règlement européen d'exemption des accords de transfert de technologie (ci-après Règlement 772/2004¹) s'inscrit dans la logique

nology Transfer Agreements, 2004 (1) *Competition Law Journal*, 31; M. HANSEN / O. SHAH, The New EU Technology Transfer Regime – Out of the Straight-jacket into the Safe Harbour?, 2004 (8) *European Competition Law Review*, 465; D. MAMANE, Reform der EU-Wettbewerbsregeln für Technologietransfer-Verträge: Einfahrt in den sicheren Hafen?, *sic!* 2004, 616; N. MARSHALL, Hardcore or Softcore Restrictions in the EU Technology Transfer Block Exemption?, 2004 (1) *Competition Law Journal*, 55; L. PEEPERKORN / L. KJOLBYE / D. WOODS, Commission adopts new safe harbour for licensing of patents, know-how and software copyright, 2004 (2) *Competition Policy Newsletter*, 14; C. PRIETO, La politique européenne de concurrence relative aux transferts de technologie dans une perspective transatlantique, 2005 (Janvier) *Europe*, 6; C. RITTER, The New Technology Transfer Block Exemption under EC Competition Law, 2004 (3) *Legal Issues of Economic Integration*, 161; P. TRECAY / T. HEIDE, The New EC Technology Transfer Block Exemption Regulation, 2004 (9) *European Intellectual Property Review*, 414; E. VOLLEBREGT, The Changes in the New Technology Transfer Block Exemption Compared to the Draft, 2004 (10) *European Competition Law Review*, 660; H. WISSEN / J. EICKHOFF, Die neue EG-Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfer-Vereinbarungen, 2004 (12) *Wirtschaft und Wettbewerb*, 1244; D. WOOD / I. DAVIES, Technology transfer – An effect-based approach to technology transfer agreements, 2004 (Mai) *Competition Law Insight*, 10. Sur le projet de ce règlement voir M. DOLMANS / A. PILOLA, The Proposed New Technology Transfer Block Exemption, 2003 (3) *World Competition*, 541; V. KORAH, Draft Block Exemption for Technology Transfer, 2004 (5) *European Competition Law Review*, 247; R. C. LIND / P. MUYERT, The European Commission's Draft Technology Transfer Block Exemption Regulation and Guidelines: A Departure from Accepted Competition Policy Principles, 2004 (4) *European Competition Law Review*, 181.

* LL M, Collège d'Europe (Bruges). DEA en droit, Université de Genève.

¹ Règlement (CE) N° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, JO du 27.04.2004 L 123, 11. Sur ce nouveau règlement voir S. DE SCHRIJVER / M. MARQUIS, Technology Licensing in the EU after the Big Bang: the New Technology Transfer Block Exemption Regulation and Guidelines, 2004 (Juillet) *Business Law Review*, 161; M. DOLMANS / A. PILOLA, The New Technology Transfer Block Exemption, 2004 (3) *World Competition*, 351; J. DREXL, Die neue Gruppenfreistellungsverordnung über Technologietransfer-Vereinbarungen im Spannungsfeld von Ökonomisierung und Rechtssicherheit, 2004(9) *GRUR Int.*, 716; F. FINE, The EU's new antitrust rules for technology licensing: a turbulent harbour for licensors, 2004 (Décembre) *European Law Review*, 766; D. GARROD / A. ROSEN, The New Safe Harbour for Tech-

d'une approche économique, qui, d'une part, privilégie l'analyse du pouvoir de marché des parties à l'accord et, d'autre part, opère une distinction selon que les parties sont ou non dans une relation de concurrence. Une telle approche économique a été développée antérieurement dans le règlement d'exemption relatif aux accords verticaux², ainsi que ceux relatifs aux accords de coopération horizontale³.

Notre contribution vise à clarifier les questions relatives aux marchés pertinents, aux calculs et à l'attribution des parts de marché aux parties à l'accord, ainsi qu'à la nature de la relation concurrentielle entre lesdites parties. La délimitation des marchés pertinents est en effet d'une importance primordiale dans l'appréciation des effets concurrentiels des accords de licence. Le Règlement 772/2004 prévoit ainsi des seuils de parts de marché en-dessous desquels les accords de transfert de technologie sont exemptés: ces seuils s'élèvent respectivement à 20% pour les accords entre concurrents et à 30% pour les accords entre non-concurrents. Lorsque les accords ne dépassent pas lesdits seuils et qu'ils ne contiennent pas de restrictions caractérisées⁴, il est présumé que les éventuels effets négatifs sont contrebalancés par les gains d'efficacité économique qu'ils apportent de ma-

nière générale. Les parts de marché servent dans ce contexte à apprécier par approximation le pouvoir de marché des parties à l'accord; en présence de barrières importantes à l'entrée, elles constituent un indice sérieux du pouvoir de marché des parties. Lorsque l'accord ne bénéficie pas de l'exemption par catégorie, la définition du marché et l'attribution des parts de marché à chacune des parties représentent également une étape déterminante pour apprécier de manière autonome la capacité de l'accord à restreindre la concurrence.

La qualification de la relation concurrentielle entre le donneur et le preneur de licence est, elle aussi, essentielle, non seulement pour l'application des seuils de parts de marché, mais également parce que la liste des restrictions caractérisées est différente selon que le donneur et le preneur sont ou non en relation de concurrence. En dehors du Règlement 772/2004, la détermination de la nature de cette relation donne une indication sur l'impact concurrentiel, les accords entre non-concurrents étant considérés comme moins nocifs que ceux conclus entre concurrents.

L'évaluation des effets concurrentiels des accords de licence requiert, dans un premier temps, l'identification des marchés touchés par un accord de licence (II). Nous discuterons dans un deuxième temps la nature des relations concurrentielles entre les parties à un accord (III) pour se pencher ensuite sur les règles relatives à l'attribution des parts de marché ainsi qu'à l'application des seuils (IV). Nous rappellerons enfin quelques principes régissant l'appréciation des accords en dehors du champ d'application (V).

II. Types de marchés concernés

Les accords de licence ont un impact sur les produits mis sur le marché

Die Untersuchung der wirtschaftlichen Auswirkungen und die Anwendung der neuen Gruppenfreistellungsverordnung für Technologietransfervereinbarungen verlangt, neben der Definition der relevanten Märkte, die Feststellung der Wettbewerbsverhältnisse der an der Vereinbarung beteiligten Parteien sowie der Art der Berechnung und der Zurechnung der Marktanteile an diese Parteien. Mit folgendem Beitrag sollen diese grundlegenden Fragen geklärt werden, indem zuerst die Märkte erörtert werden, die durch diese Verordnung betroffen sein können, nämlich die Technologie- und Produktmärkte. Die geographische Dimension sollte dabei jedoch nicht vernachlässigt werden. Die Verfasserin widmet den Wettbewerbsverhältnissen der Parteien besondere Aufmerksamkeit, da diese insofern von erheblicher Bedeutung sind, als Lizenzverträge zwischen Nicht-Konkurrenten eine günstigere Behandlung genießen als jene zwischen Konkurrenten. Diese gesamte Untersuchung erweist sich darüber hinaus sowohl für Vereinbarungen, die nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung 772/2004 fallen, als auch für jene, die nicht in den Genuss der Gruppenfreistellung kommen, als notwendig.

² Règlement (CE) N° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO du 29.12.1999 L 336, 21.

³ Règlement (CE) N° 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement, JO du 05.12.2000 L 304, 7; Règlement (CE) N° 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation, JO du 05.12.2000 L 304, 3.

⁴ Art. 4 Règlement 772/2004.

ainsi que sur les technologies disponibles en amont des marchés de produits. En conséquence, l'effet concurrentiel des accords de licence est apprécié tant sur le marché de technologies, que sur celui de produits⁵. Exceptionnellement, les accords de licence peuvent avoir un impact sur le marché de l'innovation. Nous allons présenter les trois types de marchés, soit le marché de produits, le marché de technologies et le marché de l'innovation.

Le marché de *produits* est défini de manière classique. L'analyse commence par les produits contractuels, c'est-à-dire les produits fabriqués à l'aide de la technologie concédée sous licence⁶, pour englober ensuite les produits fabriqués à l'aide d'une technologie concurrente, soit protégée par un droit de propriété intellectuelle ou tombée dans le domaine public (un générique)⁷. Ces produits sont considérés comme substituables par les acheteurs en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés⁸.

Le marché de *technologies* comprend «les droits de propriété intellectuelle qui sont concédés sous licence et commercialisés indépendamment des produits auxquels ils se rapportent ainsi que les technologies de substitution proches, c'est-à-dire d'autres technologies que les clients pourraient utiliser en remplacement»⁹, que celles-ci soient propriétaires ou génériques. Les technologies comprennent en effet les droits de propriété intellectuelle au sens large, lesquels sont en général le fruit d'une activité de recherche et de développement (ci-après R&D). En d'autres termes, le marché de technologies concerne le marché de droits de propriété intellectuelle. Rappelons toutefois que le Règlement 772/2004 se limite aux accords de brevets, de savoir-faire, de droits d'auteurs sur logiciels ainsi qu'aux accords mixtes¹⁰.

La méthodologie de la délimitation de ce marché est identique à

celle utilisée pour le marché classique de produits. Appliquée aux droits de propriété intellectuelle, la démarche consiste à commencer par la technologie concédée sous licence pour identifier ensuite les technologies similaires à celle-ci¹¹, et enfin les technologies différentes de la technologie concédée sous licence mais qui remplissent la même fonction ou tâche¹². Exprimé en termes de test SSNIP¹³, la question posée est de savoir si les preneurs se tournent vers des technologies de substitution facilement accessibles, en cas d'augmentation légère (de 5% à 10%), mais permanente, des redevances; le marché est défini lorsque, pour un donneur hypothétique, il devient rentable de procéder à des hausses légères mais permanentes des redevances¹⁴. Appliqué strictement, ce test peut amener à des résultats insatisfaisants, surtout lorsque la technologie consiste ou a été intégrée dans un processus de production, le changement duquel engendre des coûts fixes importants – probablement irrécupérables – pour les preneurs, ou encore lorsque des moyens de production complémentaires importants ont été adaptés spécifiquement à la technologie en question. Dans ce cas, un effet de substitution sera visible à long terme seulement.

Des difficultés de même nature apparaissent lors de l'introduction d'une technologie nouvelle sur le marché. Lorsque la technologie en question constitue une innovation radicale par rapport à l'ancienne génération de technologies, la nouvelle technologie pourrait constituer un marché à part. La définition du marché ne doit pas négliger toutefois la pression concurrentielle des anciennes technologies. Une définition étroite du marché serait préjudiciable aux parties à l'accord, bien qu'elles puissent tirer des avantages par la qualification de la nature de leur relation comme une relation entre non-concurrents¹⁵. A cette oc-

cas, il convient de souligner que l'efficacité d'un système où les parts de marché servent à mesurer le pouvoir de marché des parties dépend largement de l'exactitude et de la précision de la définition du marché pertinent.

L'activité d'*innovation* a lieu en amont du marché de technologies ou de produits. Le marché de l'innovation concerne les efforts de «développement de nouveaux produits ou de nouvelles techniques qui sont, soit susceptibles – s'il s'agit de produits ou de techniques naissants – de remplacer un jour des produits ou des tech-

⁵ Communication de la Commission, *Lignes directrices relatives à l'application de l'art. 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie*, JO du 27.04.2004 C 101, 2 (ci-après «lignes directrices»), considérant 20.

⁶ Art. 1 al. 1 lit. f) Règlement 772/2004.

⁷ Il se peut que ce marché comprenne également des produits qui n'utilisent pas une des technologies mentionnées, par exemple lorsqu'une matière première naturelle est substituée avec une matière première fabriquée à la base des technologies en question.

⁸ *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence*, JO du 9.12.1997 C 372, 3 (ci-après «communication marché en cause»), considérants 15 ss; lignes directrices, *supra* note 5, considérant 21.

⁹ Communication de la Commission, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'art. 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale*, JO du 6.01.2001 C 3, 2, considérant 47.

¹⁰ Art. 1 al. 1 lit. b) Règlement 772/2004.

¹¹ Technologies intra-modales.

¹² Technologies inter-modales.

¹³ Small but significant and non-transitory increase in prices.

¹⁴ Communication marché en cause, *supra* note 8, considérant 17; lignes directrices, *supra* note 5, considérant 17.

¹⁵ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 33. Lorsque la taille du marché ne diffère pas d'une manière substantielle, les parties à l'accord peuvent tirer profit de la définition de deux marchés séparés pour leurs technologies respectives, ce qui les mettrait en relation de non-concurrence. La liste des restrictions caractérisées pour non-concurrents peut être en effet plus convenable.

niques existants, soit destinés à un nouvel usage et qui, dès lors, ne remplaceront pas des produits ou des techniques existants mais créeront une demande totalement nouvelle¹⁶. Dans le cadre des accords de transfert de technologies, le marché de l'innovation est pris en compte dans un nombre limité de cas¹⁷. La définition d'un tel marché est plus

appropriée pour l'analyse de l'impact concurrentiel des accords de R&D ainsi que les concentrations horizontales ayant un effet sur l'activité de R&D. En effet, puisque les accords de technologie ont pour objet des droits de propriété intellectuelle, le marché de l'innovation, lequel concerne en général les efforts de R&D situés en amont de leur constitution, est d'une importance relative pour l'appréciation de leur impact sur la concurrence.

La dimension géographique des marchés est analysée de manière identique. En général, l'analyse commence par les zones géographiques où les produits sont vendus pour inclure ensuite d'autres zones géographiques dans l'hypothèse où les clients des parties transfèreraient leurs commandes vers des sociétés implantées ailleurs, à court terme et à moindre coût¹⁸, ou à l'inverse, ces dernières seraient susceptibles d'offrir leurs produits à l'intérieur de la zone prise en considération. Le marché géographique de technologies est susceptible d'être plus large que celui des produits. Ce dernier peut être compartimenté en raison de coûts de transport élevés, de réglementations différentes¹⁹ ou encore d'obstacles culturels. En revanche, dans le cas du marché de licences il n'y a pas de coûts de transport, de barrières réglementaires spécifiques ou encore d'obstacles culturels ou linguistiques²⁰. Cela vaut à plus forte raison pour le marché futur de l'innovation, qui est européen voire mondial²¹. A cette occasion, il convient de souligner que les droits de propriété intellectuelle confèrent un droit exclusif à leur titulaire, mais le marché de technologies comprend les droits de propriété intellectuelle substituables quant au prix et à l'usage; autrement dit un brevet ou une marque particulière ne constituent pas un marché pertinent à part²². La législation relative aux droits de propriété intellectuelle confère simplement une pro-

tection à son titulaire tout comme elle offre une protection aux titulaires d'autres brevets ou marques substituables.

La dimension géographique a été négligée dans les lignes directrices, ce qui n'est pas sans poser de problèmes lors de l'attribution des parts de marché, sachant que pour l'application des seuils la part de l'une des parties sur le marché de technologies est déterminée sur la base des ventes effectuées sur le marché géographique sur lequel sont vendus les produits contractuels.

III. Nature des relations concurrentielles entre les parties

Le Règlement 772/2004 traite différemment les accords conclus entre deux entreprises concurrentes de ceux conclus entre non-concurrents. Le donneur et le preneur de licence peuvent être en concurrence sur le marché de technologies et/ou celui de produits en cause. Pour être considérés comme non-concurrents, ils ne doivent être dans une relation de concurrence ni sur le marché de technologies, ni sur celui de produits (appelés marchés affectés). Encore plus précisément, une relation de concurrence sur un des marchés suffit pour les qualifier de concurrents. A titre préliminaire, il faut relever que pour l'analyse de la nature des relations de concurrence sur le marché de technologies seule la concurrence réelle est prise en compte; en revanche, sur le marché de produits la concurrence potentielle est examinée en plus de la concurrence réelle. Il convient également de souligner que le rapport de concurrence est apprécié en relation avec la technologie concédée sous licence et les produits contractuels; une éventuelle relation de concurrence sur d'autres technologies ou produits n'entre pas en ligne de compte.

¹⁶ Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, *supra* note 9, considérant 50.

¹⁷ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 25.

¹⁸ Communication marché en cause, *supra* note 8, considérant 29.

¹⁹ Voir D. E. KRAUS, *Les importations parallèles de produits brevetés*, Zurich, Bruxelles (Schulthess, Bruylant) 2004, 296. Sur le marché de produits comportant une technologie voir ég. B. R. KELLER, *Kartellrechtliche Schranken für Lizenzverträge*, Berne (Stämpfli) 2004, 66.

²⁰ Une présomption en faveur d'un marché européen n'est pas à exclure, à l'instar de la proposition de V. KORAH (*Distribution Agreements Under the EC Competition Rules*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 295) dans le cadre de l'application des seuils du Règlement 2790/99. En effet, un raisonnement analogique peut être fait avec la définition de la dimension géographique dans le cas des restrictions verticales, ladite dimension étant beaucoup plus large lors de l'analyse des échelons supérieurs du marché (p.ex. grossistes) en comparaison avec les échelons inférieurs (p.ex. commerce de détail).

²¹ Voir par exemple la décision de la Commission CE du 8 mai 2000 dans l'affaire COMP/M.1846 – *Glaxo Wellcome/Smithkline Beecham*, considérant 75; le marché des produits pharmaceutiques était toutefois national, en raison des différentes procédures d'autorisation de mise sur le marché desdits produits.

²² Voir en particulier E. CLERC, Art. 4 al. 2 LCart N 145, in: TERCIER/BOVET (édit.) *Droit de la concurrence (Commentaire Romand)*, Genève, Bâle, Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2002; W. CORNISH/D. LEWELYN, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, 5^{ème} éd., Londres (Sweet & Maxwell) 2003, 39; M. DIETRICH/M. SAURER, *Ist eine Marke ein Markt – Marktabgrenzung bei selektiven Vertriebssystemen, sic!* 2001, 593, 606; KRAUS, *supra* note 19, 353.

La nature de la relation entre les parties à l'accord est examinée en faisant abstraction de l'accord de licence conclu entre elles²³ et des restrictions susceptibles de causer ledit accord²⁴ (analyse *ex ante*). Cette approche est conforme aux principes fondamentaux régissant l'appréciation des accords en vertu de l'art. 81, paragraphe 1 CE²⁵. En effet, pour apprécier l'impact d'un accord sur la concurrence, la situation de concurrence en présence de l'accord doit être comparée avec celle en absence de l'accord. Se pose alors la question de savoir à quel moment doit s'effectuer l'analyse, soit avant ou après l'accord:

– dans le cas de la conclusion de nouveaux contrats, la situation

hypothétique étant celle en présence de l'accord, les difficultés sont moindres. Avant de conclure l'accord, les parties doivent examiner la présence actuelle de chaque partie sur le marché de technologies et de produits, ainsi que la capacité et la motivation du donneur de licence d'engager des ressources supplémentaires afin d'entrer dans un délai de un ou deux ans dans le marché de produits, tout cela sans enfreindre les droits de propriété intellectuelle de l'autre partie;

– lorsque des contrats existants doivent être examinés, la situation hypothétique est celle en

absence de l'accord. La situation qui reflète le mieux la relation de concurrence en absence de l'accord est celle qui existait effectivement avant la conclusion de celui-ci. L'analyse se concentrera sur la question de savoir si l'accord de licence restreint la concurrence qui existait avant la conclusion de l'accord, et non sur celle de savoir si l'accord restreint la concurrence qui existerait en absence de l'accord au moment de l'analyse. En effet, les lignes directrices présentent des règles particulières lorsque la relation de concurrence change au cours des années²⁶.

En général, les parties sont considérées comme *concurrentes* au moment de la conclusion du contrat, d'abord, lorsque le donneur est également présent dans le marché de produits; ensuite, lorsque le donneur n'est pas présent mais qu'il pourrait consentir des investissements supplémentaires rendant possible son entrée sur le marché de produits dans des brefs délais; enfin, lorsque le preneur est présent sur le marché de technologies en octroyant des licences à des tiers. En revanche, les parties sont considérées comme *non-concurrentes* au moment de la conclusion de l'accord, lorsque le donneur est présent uniquement sur le marché de technologies et que le preneur est uni-

Relations de concurrence entre les parties

↓ Marchés	Donneur de licence	Preneur de licence	Relation de concurrence
Technologies	■		Non-concurrents
Produits		■	
Technologies	■		Concurrents réels sur le marché de produits
Produits	■	■	
Technologies	■	■	Concurrents réels sur le marché de technologies
Produits		■	
Technologies	■		Concurrents potentiels sur le marché de produits
Produits	□ <i>Investissements supplémentaires, brefs délais</i>	■	
Technologies	■	□ <i>Technologie en possession, mais ne la concède pas sous licence</i>	Non-concurrents (bien que concurrents potentiels sur le marché de technologies)
Produits		■	

Légende

- présence actuelle sur le marché
- présence potentielle sur le marché

²³ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 27.

²⁴ Par exemple, il importe peu à ce stade que le donneur octroi une licence exclusive ou unique ou encore que l'accord limite les domaines techniques d'utilisation.

²⁵ Communication de la Commission, *Lignes directrices concernant l'application de l'art. 81, paragraphe 3, du traité*, JO du 27.04.2004 C 101, 8, considérants 17 ss.

²⁶ Par exemple, les parties, auparavant non-concurrentes, deviennent concurrentes à la suite de la conclusion de l'accord. Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 31.

quement présent sur le marché de produits ou qu'il détient une technologie concurrente mais ne la concède pas sous licence à des tiers.

1. Relation de concurrence

En premier lieu, les parties sont considérées concurrentes lorsqu'elles sont des *concurrentes réelles sur le marché de technologies*. Les parties sont concurrentes réelles dans le marché de technologies lorsque avant la conclusion de l'accord elles concédaient sous licence des technologies substituables à des tiers ou de manière réciproque à elles-mêmes²⁷, sans enfreindre les droits respectifs de propriété intellectuelle. Il faut ajouter à cela l'hypothèse selon laquelle le preneur concède déjà sa propre technologie sous licence à des tiers avant la conclusion de l'accord et qu'il obtient du donneur une licence sur une technologie concurrente, ce dernier ayant utilisé cette

technologie uniquement en interne auparavant²⁸; l'accord de licence en question fait en sorte qu'ils seront désormais considérés comme concurrents au regard du Règlement 772/2004. De manière similaire, nous pouvons suggérer que lorsque le preneur concède en retour une technologie – utilisée auparavant uniquement en interne – au donneur, et que ce dernier détient une technologie concurrente qu'il concède déjà sous licence à des tiers, l'accord de licence serait conclu entre entreprises concurrentes.

En second lieu, les parties sont considérées concurrentes lorsqu'elles sont des *concurrentes réelles sur le marché de produits*, à savoir lorsque, avant la conclusion du contrat, le donneur et le preneur étaient déjà présents sur le même marché de produits que celui des produits contractuels et sur le même marché géographique sur lequel les produits contractuels sont vendus²⁹.

En dernier lieu, les parties sont considérées concurrentes lorsque, avant la conclusion du contrat, elles sont des *concurrentes potentielles sur le marché de produits*, à savoir premièrement, lorsque le donneur aurait été capable de s'engager dans des investissements supplémentaires pour entrer dans le marché de produits en cause dans des brefs délais³⁰, ou lorsque le donneur est présent sur un autre marché géographique et il serait capable d'entrer sur le marché géographique dans lequel le preneur est déjà présent, secondement, lorsque le preneur aurait été capable de s'engager dans des investissements supplémentaires pour entrer dans le marché de produits dans lequel le donneur est déjà présent dans des brefs délais, ou encore lorsqu'il fabrique ces produits à l'aide de sa propre technologie sur un marché géographique et aurait pu entrer sur le marché géographique du donneur sans enfreindre les droits de propriété intellectuelle de ce dernier³¹.

2. Relation de non-concurrence

En premier lieu, les parties sont considérées comme non-concurrentes au moment de la conclusion de l'accord, lorsque le donneur est présent uniquement sur le marché de technologies et que le preneur est uniquement présent sur le marché de produits, à savoir qu'il ne détient pas des technologies, mais seulement des facilités de production.

En second lieu, les parties sont considérées comme non-concurrentes au moment de la conclusion de l'accord lorsque, le donneur n'étant pas présent dans le marché de produits, il octroie une licence au preneur, lequel fabrique également des produits à partir de sa propre technologie, concurrente avec celle du donneur, qui ne concède pas sous licence à des tiers³². Dans ce cas, le preneur constitue tout au plus une source de concurrence potentielle³³, laquelle n'est pas prise en compte pour déterminer la nature des relations concurrentielles sur le marché de technologies. De manière analogue, les parties à l'accord ne sont pas considérées concurrentes sur le marché de technologies lorsque, par exemple, chacun détient un brevet sur une technologie concurrente qu'elles ne concèdent pas sous licence à des tiers, et concluent entre elles un accord de licences croisées ayant pour objet l'octroi de licences sur les brevets respectifs. Toutefois, dans ce cas les parties sont susceptibles d'être concurrentes réelles sur le marché de produits, lorsque chacune d'elles fabrique et commercialise des produits à partir de sa propre technologie sur le même marché géographique³⁴.

En dernier lieu, nous soulignons que les parties à l'accord ne sont pas considérées comme concurrentes lorsqu'elles possèdent des technologies qui ne peuvent pas être utilisées sans enfreindre le droit de l'une ou de l'autre. Dans le cas d'une situation de blocage unilatéral ou bi-

²⁷ Dans cette dernière hypothèse, les parties avaient déjà conclu un accord de licences croisées sur des technologies concurrentes avant l'accord en question, lequel peut avoir pour objet une seconde licence ou une licence sur une autre technologie concurrente. Voir FINE, *supra* note 1, 775.

²⁸ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 28. Les parties deviennent concurrentes suite à l'octroi de la licence examinée; contrairement à ce qu'elle annonce au considérant 27 des lignes directrices, la Commission ne tient pas compte dans ce cas de la relation qui existait avant la conclusion de l'accord (analyse *ex ante*), mais de celle qui résulte du dit accord (analyse *ex post*).

²⁹ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 67.

³⁰ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 29.

³¹ *Ibidem*.

³² Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 30.

³³ Lorsqu'il peut octroyer des licences sur sa technologie en réaction à une augmentation légère et permanente de redevances de la technologie concédée sous licence.

³⁴ Voir l'exemple N° 3 des lignes directrices, *supra* note 5, considérant 73.

latéral, autrement dit dans une situation où le ou les parties ne peuvent pas exploiter leur propre technologie sans une licence ou dérogation par l'autre partie, les parties ne sont pas considérées comme concurrentes réelles sur le marché de technologies³⁵. En effet, les droits respectifs ayant un caractère essentiel, elles ne peuvent pas utiliser leur propre technologie sans enfreindre les droits de propriété intellectuelle de l'autre, ce qui met ces parties dans une situation de complémentarité. La charge de la preuve incombe aux parties à l'accord, lesquelles doivent avancer des «preuves particulièrement convaincantes», en particulier lorsque les technologies en situation de blocage sont des substituts technologiques³⁶.

3. Modification de la nature des relations

À la suite de la conclusion de l'accord, la nature de la relation de concurrence est susceptible de changer. Ainsi, de non-concurrentes les parties à l'accord peuvent devenir concurrentes, par exemple lorsque par la suite le preneur commence à concéder sa propre technologie sous licence³⁷ ou encore lorsque le donneur devient un fournisseur réel ou potentiel des produits sur le marché en cause³⁸. Dans ce cas, l'accord va être considéré pendant toute sa durée comme un accord entre deux entreprises non-concurrentes, sauf si, après le changement de la relation, celui-ci a été modifié sur un point essentiel³⁹. À l'inverse, la nature concurrentielle de la relation peut être modifiée par la suite et être considérée comme une relation entre non-concurrents, lorsque le donneur se retire du marché de produit et cède ses facilités de production de sorte qu'il ne peut pas être concurrent réel ou potentiel, lorsque le preneur renonce à commercialiser sa propre technologie voire la cède à un tiers

ou encore lorsque par rapport à la nouvelle technologie du donneur, celle du preneur devient obsolète au point de ne plus être concurrentielle sur le marché⁴⁰. Dans ce cas également, les règles les plus favorables pour les parties doivent s'appliquer, ce qui justifierait de les considérer comme non-concurrentes dès que leur nouvelle relation devient claire et durable.

IV. Attribution des parts de marché et application des seuils

Bien que les marchés de technologies puissent être définis de manière indépendante⁴¹, la demande des preneurs est basée sur la demande pour les produits fabriqués à la base de la technologie en question, tout comme la demande d'une quelconque matière première est basée sur la demande du produit final. Par ailleurs, le Règlement 772/2004 et les lignes directrices ont comme fondement l'hypothèse selon laquelle il existe un lien direct entre la technologie concédée et le produit contractuel⁴². Le lien étroit entre ces deux marchés explique le fait que la part de marché sur le marché de technologies est définie en termes de présence de la technologie concédée sur le marché de produits⁴³.

Les parts de marché sont exprimées en valeurs relatives, c'est-à-dire en relation avec la valeur totale du marché. La valeur totale du marché, partant la part respective d'une des parties, est calculée sur la base de la *valeur* des ventes réalisées sur le marché, à défaut, sur la base du *volume* des ventes de tous les acteurs au marché⁴⁴. En effet, la technologie permet de différencier les produits et d'avoir ainsi un pouvoir plus important sur le marché, ce qui peut être mieux mesuré en se basant sur la valeur des ventes. Eu égard au fait que la valeur du marché de technologies est calcu-

lée en tenant compte des ventes effectuées sur le marché de produits, la valeur totale du marché de technologies correspond en général à celle du marché de produits⁴⁵. Il convient de préciser que le marché de technologies doit inclure également des technologies utilisées uniquement par son détenteur, indépendamment du fait qu'elle est concédée ou non sous licence à des tiers⁴⁶.

La valeur du marché ainsi que des parts de marchés sont calculées sur la base des données sur les ventes de l'année civile précédente⁴⁷. Ainsi, il est possible que durant l'année au cours de laquelle l'accord a été conclu, la part de marché correspondante du donneur sur le marché de technologies et celle du preneur sur le marché de produits soit égale à zéro.

Pour l'application des seuils, il faut calculer la part de marché du donneur et du preneur de licence sur

³⁵ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 32.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 68.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 31. La liste des restrictions caractérisées relative aux accords entre non-concurrents continue à s'appliquer.

⁴⁰ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 33.

⁴¹ Sur les critères économiques pouvant être pris en compte pour définir séparément un marché de technologies, voir A.J. NEWBERG, *Antitrust for the Economy of Ideas: The Logic of Technology Markets*, 2000 (14) *Harvard Journal of Law & Technology*, 83, 107.

⁴² Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 45.

⁴³ Art. 3 al. 3 Règlement 772/2004.

⁴⁴ Art. 8 al. 1 Règlement 772/2004; lignes directrices, *supra* note 5, considérant 72.

⁴⁵ La valeur totale du marché de produits peut dépasser celle du marché de technologies lorsque des produits substituables peuvent se produire sans le besoin d'une technologie particulière.

⁴⁶ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 23.

⁴⁷ Art. 8 Règlement 772/2004.

le marché de technologies, ainsi que la part de marché du donneur et du preneur de licence sur le marché des produits:

- la part de marché du donneur sur le marché de technologies est composée de la somme des ventes effectuées par lui ainsi que celles effectuées par l'ensemble de ses preneurs, y compris le preneur de la licence en question⁴⁸. Elle concerne uniquement la technologie concédée sous licence.
- la part de marché du preneur sur le marché de technologies est composée de la somme des ventes effectuées par lui à la base de sa technologie ainsi que celles des autres preneurs de sa propre technologie, substituable avec la technologie du donneur⁴⁹, y compris celle du donneur lorsqu'il s'agit de licences croisées⁵⁰.

- la part de marché du donneur sur le marché de produits est composée de la somme de ses propres ventes réalisées sur la base de sa propre technologie ainsi que sur la base d'une technologie concurrente⁵¹, y compris celle du preneur lorsqu'il s'agit de licences croisées.
- la part de marché du preneur sur le marché de produits est composée de la somme de ses ventes de produits comportant la technologie concédée sous licence et celles de produits comportant une technologie concurrente avec la technologie concédée⁵², y compris sa propre technologie⁵³.

Lorsque les parties à l'accord sont des entreprises liées au sens de l'art. 8 Règlement 772/2004, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le donneur et le preneur sont actifs dans le même marché de technologies et de produits par le biais d'une entreprise commune détenue par eux, éventuellement avec la participation d'une entreprise tierce, leurs parts respectives doivent être imputées à parts égales à chaque entreprise participante⁵⁴.

Après avoir attribué des parts de marché à chacune des parties à l'accord et déterminé la nature de la relation entre lesdites parties, le Règlement 772/2004 requiert l'application de deux tests différents pour bénéficier de l'exemption selon qu'il s'agit d'entreprises concurrentes ou non-concurrentes. Dans le premier cas, le donneur et le preneur sont les deux présents ou susceptibles d'être présents sur le marché de produits ou de technologies; l'impact de l'accord est apprécié en tenant compte de la part de marché *cumulée* du donneur et du preneur. Celle-ci ne doit pas dépasser 20% de la valeur totale du marché, tant sur le marché de technologies que sur celui de produits⁵⁵.

Dans le cas d'une relation de non-concurrence, le donneur est présent uniquement sur le marché de technologies, tandis que le preneur est présent uniquement sur le marché de produits; l'impact de l'accord est apprécié en tenant compte de la part détenue *individuellement* par le donneur ou le preneur sur leurs marchés respectifs. Celle-ci ne doit pas dépasser 30% de la valeur totale du marché⁵⁶.

Les seuils sont appliqués en tenant compte de la position des parties en absence de l'accord ainsi que pendant toute la durée de celui-ci. Lorsque les seuils sont franchis, les parties bénéficient de l'exemption pendant deux années civiles consécutives⁵⁷.

V. Appréciation des accords en dehors du champ d'application

L'exemption prévue par le Règlement 772/2004 indique uniquement que l'accord est peu susceptible de restreindre la concurrence et que, dans l'affirmative, il remplit les conditions de l'art. 81 paragraphe 3 CE. Les accords qui dépassent les seuils ne restreignent pas nécessairement la concurrence; en outre, ils peuvent remplir les conditions de l'art. 81 paragraphe 3 CE. Une présomption d'illégalité n'existe que pour les accords contenant des restrictions caractérisées.

L'appréciation individuelle prend en compte une multitude de facteurs, en commençant par la nature de l'accord et la position des parties et de leurs concurrents sur le marché. L'analyse se poursuit par la prise en compte de la position des acheteurs des produits contractuels, des barrières à l'entrée ainsi que d'autres facteurs pertinents⁵⁸. Dans ce contexte, la définition du marché et l'attribution des parts de marché aux parties à l'accord constituent des étapes indispensables de l'analyse des effets concurrentiels.

⁴⁸ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 70.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 73, exemple N° 3.

⁵¹ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 71.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 73, exemple N° 3.

⁵⁴ Art. 8 al. 1 Règlement 772/2004.

⁵⁵ D'une part, la somme de la part de marché du donneur de licence sur le marché de technologies (Dt) et de la part du preneur de licence sur le marché de technologies (Pt) ne doit pas être supérieure à 20%, d'autre part, la somme de la part de marché du donneur de licence sur le marché des produits (Dp) et de la part de marché du preneur sur le marché des produits (Pp) ne doit pas être supérieure à 20%, soit $Dt + Pt \leq 20\%$ et $Dp + Pp \leq 20\%$.

⁵⁶ D'une part, la part de marché du donneur de la licence sur le marché de technologies (Dt) ne doit pas être supérieure à 30%, d'autre part, la part de marché du preneur de licence sur le marché des produits (Pp) ne doit pas être supérieure à 30%, soit $Dt \leq 30\%$ et $Pp \leq 30\%$.

⁵⁷ Art. 8 al. 2 Règlement 772/2004.

⁵⁸ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 132.

Vu les difficultés rencontrées pour la définition des marchés pertinents, les lignes directrices créent une sphère de sécurité au-delà de l'application du Règlement 772/2004, ce qui a pour effet d'augmenter la sécurité juridique et la prévisibilité de la politique de la Commission. Les parties peuvent s'appuyer sur une analyse simplifiée consistant uniquement à identifier d'autres technologies substituables. Ainsi, une infraction à l'art. 81 CE est peu probable lorsqu'il existe quatre autres technologies indépendantes substituables contrôlées par des tiers en outre des technologies concédées sous licence⁵⁹. Plus précisément, il doit y avoir au moins cinq technologies sur le marché ou six lorsque chacune des parties détient sa propre technologie⁶⁰. La Commission tempère son attitude permissive en ajoutant que les technologies mentionnées doivent être «suffisamment substituables» entre elles, en ce sens que la technologie prise en considération doit être «commerciallement viable»⁶¹, par exemple pour faire face aux effets de réseaux présents dans certains marchés. Il nous apparaît que cela n'empêche pas la prise en compte des technologies utilisées en interne, c'est-à-dire celles qui ne sont pas commercialisées indépendamment des produits comportant cette technologie, lorsque celles-ci sont commerciallement viables⁶².

En dehors de l'application du règlement d'exemption, les parties sont libres de définir les marchés selon la méthode qui leur convient le mieux. Lorsqu'une analyse approfondie doit être effectuée, la définition du marché de technologies peut être faite de deux manières, d'une part en se basant sur les ventes effectuées sur le marché de produits, d'autre part, sur la base des redevances générées par la commercialisation des licences⁶³. Cette dernière méthode peut en effet leur être plus favorable⁶⁴. En outre, les parties peu-

vent argumenter en faveur d'un marché géographique plus large.

Dans l'appréciation des cas en dehors de l'application du Règlement 772/2004, la distinction des accords entre concurrents et non-concurrents joue également un rôle important⁶⁵, à l'exception des cas de licences liées et groupées ou encore de regroupement de technologies (*technology pools*). En effet, dans la plupart des cas les dispositions du règlement et les lignes directrices s'appliquent par analogie.

VI. Remarques conclusives

En guise de conclusion, il nous appartient de souligner le rôle central de la définition des marchés de technologies et de produits dans l'analyse de l'impact concurrentiel des accords de transfert de technologies, tant dans le cadre de l'application du règlement d'exemption, que pour l'appréciation des accords en dehors de son champ d'application. En raison de ce rôle, nous soulignons le manque d'éléments dans les lignes directrices sur la dimension géographique des marchés. La détermination de la nature des relations concurrentielles entre les parties est aussi d'une importance primordiale. A cet égard, des difficultés existent également dans des situations particulières, ce qui requiert davantage d'éclaircissements de la Commission. Il convient de rappeler enfin qu'en cas de doutes sur l'application du règlement d'exemption, les parties peuvent faire une analyse complète des effets anticoncurrentiels des accords de transfert de technologies, ce qui peut leur donner, selon les cas et les informations en possession, une plus grande certitude.

Résumé

Les accords de licence ont un impact tant sur le marché de produits que sur

celui de technologies. En conséquence, l'analyse concurrentielle exige que soient définis ces deux marchés. Les accords conclus entre non-concurrents étant traités de manière plus souple, il est important de qualifier la nature de la relation entre les deux parties à l'accord. Cette analyse est effectuée avant même la conclusion de l'accord. Sont dans une relation de concurrence les parties qui ont toutes les deux, soit une présence réelle sur le marché de produits ou de technologies, soit une relation de concurrence potentielle sur le marché de produits. Lorsque le donneur et le preneur ont chacun une présence réelle respectivement sur le marché de technologies et sur celui de produits, ils ne sont pas regardés comme concurrents.

L'exemption applicable aux accords de licence entre entreprises concurrentes intervient lorsque la part de marché cumulée du donneur et du preneur ne dépasse pas 20% de la valeur totale du marché, tant sur le marché de produits que sur celui de technologies.

⁵⁹ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 131.

⁶⁰ Pour une analyse critique de cette seconde sphère de sécurité voir MAMANE, *supra* note 1, 621.

⁶¹ *Ibidem*. La Commission va ainsi non seulement plus loin que la distinction qui existe entre substituts technologiques et substituts économiques, mais aussi plus loin que le concept économique de substituabilité, ce qui est regrettable vu l'introduction d'un élément de subjectivité, faute de pouvoir prédire le caractère viable d'une technologie.

⁶² Cette solution serait en conformité avec les lignes directrices qui tiennent compte des technologies utilisées en interne pour définir le marché de technologies et attribuer des parts de marché aux différents opérateurs (lignes directrices, *supra* note 5, considérant 23).

⁶³ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 23.

⁶⁴ Cette méthode a l'avantage de neutraliser la valeur ajoutée de marques ou d'autres facteurs de différenciation de produits n'ayant pas de lien avec l'apport des technologies en question.

⁶⁵ Lignes directrices, *supra* note 5, considérant 154.

L'exemption applicable aux accords conclus entre entreprises non-concurrentes a lieu lorsque les parts de marché individuelles du donneur sur le marché de technologies et du preneur sur le marché de produits ne dépassent pas 30%. Ainsi, l'attribution des parts de marché à chacune des parties à l'accord est une étape importante. La part de marché du donneur et du preneur sur le marché de technologies prend en compte les ventes effectuées par l'ensemble des utilisateurs de la technologie concédée sous licence; la part de marché du donneur et du preneur sur le marché de produits est composée par contre de l'ensemble des ventes de produits comportant la technologie concédée sous licence ou une autre technologie concurrente. Toutefois, le dépassement de ces seuils ne rend pas les accords illicites; une présomption d'illégalité n'existe que pour les accords contenant des restrictions caractérisées. L'analyse effectuée dans le cadre du règlement d'exemption s'applique par analogie à ces derniers, y compris à d'autres accords de licence qui n'entrent pas dans le champ d'application du Règlement 772/2004.

Zusammenfassung

Lizenzverträge üben sowohl auf Produkt- als auch auf Technologiemarkte

Einfluss aus. Für die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse ist daher die Definition dieser beiden Märkte notwendig. Da Vereinbarungen zwischen Nicht-Konkurrenten einer weniger strengen Handhabung unterliegen, ist es wichtig, die Art der Verhältnisse zwischen den an der Vereinbarung beteiligten Parteien festzustellen. Diese Analyse erfolgt noch vor Abschluss der Vereinbarung. In einem Konkurrenzverhältnis stehen zwei Parteien dann, wenn sie beide auf demselben Produkt- oder Technologiemarkt effektiv tätig sind, sowie dann, wenn sie auf dem Produktmarkt potenzielle Wettbewerber sind. Sind der Lizenzgeber und der Lizenznehmer einzeln auf dem Technologie- beziehungsweise auf dem Produktmarkt effektiv präsent, gelten sie nicht als Konkurrenten.

Lizenzverträge zwischen konkurrierenden Unternehmen kommen dann in den Genuss der Freistellung, wenn der kombinierte Marktanteil des Lizenzgebers und des Lizenznehmers 20% des totalen Marktwerts, sowohl auf dem Produkt- als auch auf dem Technologiemarkt, nicht überschreitet. Für Verträge zwischen Nicht-Konkurrenten gilt die Freistellung, sofern die individuellen Marktanteile des Lizenzgebers auf dem Technologiemarkt und jene des Lizenznehmers auf dem Produktmarkt 30% nicht überschreiten. Die Zurechnung der Marktanteile

an die Parteien stellt somit eine wichtige Phase dar. Der Marktanteil des Lizenzgebers und des Lizenznehmers auf dem Technologiemarkt berücksichtigt die Verkäufe, welche durch sämtliche Benutzer der Technologie, für die eine Lizenz erteilt wurde, betätigt werden. Der Marktanteil des Lizenzgebers und des Lizenznehmers auf dem Produktmarkt hingegen setzt sich aus sämtlichen Verkäufen von Produkten zusammen, welche entweder die Technologie, für die eine Lizenz erteilt worden ist oder eine andere konkurrierende Technologie, enthalten. Durch das Überschreiten dieser Schwellenwerte werden die Vereinbarungen jedoch nicht rechtswidrig; Rechtswidrigkeit wird nur bei Vereinbarungen vermutet, die Kernbeschränkungen enthalten. Auf diese Vereinbarungen, ebenso wie auf andere Lizenzvereinbarungen, die nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung 772/2004 fallen, kann die Analyse, die im Zusammenhang mit der Freistellungsverordnung vorgenommen wurde, analog angewendet werden.