

**Projets de règlement d'exemption par catégorie et de lignes directrices  
sur les accords de coopération horizontale**

---

**Observations du MEDEF**  
**55 avenue Bosquet, 75330 Paris cedex 07**  
**Code identifiant : 43763731235-75**

---

La Commission européenne a présenté deux projets de règlements communautaires d'exemption sur les restrictions horizontales venant remplacer les règlements du 29 novembre 2000 (CE) n°2658/2000 *concernant l'application de l'article 81<sup>1</sup>, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation* et n°2659/2000 *concernant l'application (du même article) à des catégories d'accords de recherche et de développement*. Ces deux règlements viennent à expiration au 31 décembre 2010. Les projets de règlements sont accompagnés d'un projet de lignes directrices.

A titre liminaire, le MEDEF note avec satisfaction que la Commission européenne confirme son approche fondée à la fois sur le respect des exigences tenant à assurer une protection efficace de la concurrence, mais aussi sur le souci de garantir une sécurité juridique suffisante aux entreprises et une simplification de la surveillance administrative et du cadre législatif (cf. considérant 5 du projet de règlement d'exemption des accords de recherche et de développement et considérant 3 du projet de règlement d'exemption des accords de spécialisation).

Le MEDEF estime positive la méthode employée qui tend à procéder, après concertation, à une révision du corpus réglementaire de façon périodique. Il souhaite faire part des observations suivantes.

---

<sup>1</sup> Devenu article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

## **I – Observations sur le projet de règlement d’exemption des accords de recherche et de développement**

---

### 1 – Définitions (article 1<sup>er</sup>) :

-§12 : la définition des termes « spécialisation en recherche et développement »

Cette définition exclut « *la situation dans laquelle une partie effectue la totalité des activités de recherche et de développement, tandis que l’autre partie finance ces activités ou en exploite les résultats* ».

Cette définition restrictive, par le jeu de sa combinaison avec l’article 2-§1 (sur le champ d’application de l’exemption) peut avoir des effets inappropriés. En effet, cela revient à exclure du bénéfice de l’exemption, les situations dans lesquelles une entreprise contribue à la recherche en commun uniquement par le financement. Or, en pratique, la situation décrite dans ce paragraphe est très courante. C’est le cas, par exemple, des « *start-ups* » qui ont besoin de s’appuyer sur une entreprise capable de financer leur recherche, et désireuse d’être rémunérée de sa contribution par le jeu d’une exploitation en commun.

C’est donc un grand nombre de situations n’ayant aucun caractère anti-compétitif qui se voient ainsi exclues du bénéfice de l’exemption.

► Le MEDEF souhaite la suppression de cette exclusion de la définition retenue dans le projet de règlement.

-§13 : la définition des termes « spécialisation en exploitation »

Il résulte de la combinaison de ce paragraphe avec l’article 2-§1 que pour bénéficier de l’exemption, les parties doivent exercer l’activité d’exploitation sur le territoire du marché intérieur. Or, il existe des cas dans lesquels la recherche et le développement en commun s’exerce entre une partie active sur ce territoire et une autre partie située hors du marché commun. Assez souvent, seule la première partie peut décider d’exploiter les résultats de la recherche commune. Or, il n’y a aucune raison objective d’exclure cette situation du bénéfice de l’exemption.

► Le MEDEF souhaite la suppression de cette exclusion de la définition retenue dans le projet de règlement.

-§16 : la définition des termes « concurrent potentiel » et le délai de trois ans

Le délai de trois ans retenu dans ce paragraphe semble inadapté aux domaines de haute technologie. Il serait préférable soit de lui substituer un délai plus court, par exemple, un an (cela mettrait en cohérence le texte avec le délai retenu d'un an retenu s'agissant des accords de restrictions verticales, cf. §27 des lignes directrices), soit à défaut de conserver la définition du règlement actuel énoncée à l'article 2-§12). Il est à noter que cette dernière rédaction est reprise par le projet de lignes directrices (§10).

► Le MEDEF souhaite que soit retenu le délai d'un an dans cette définition ou à défaut que soit conservée la définition du règlement actuel (cf. article 2-§12).

## 2 – Conditions d'exemption (article 3) :

-§2 : sur la divulgation

Dans les domaines de haute technologie, en particulier, l'étendue des portefeuilles des droits de propriété intellectuelle (DPI) de certaines parties est telle que l'inventaire de ces DPI susceptibles d'être affectés par le résultat de la recherche et le développement n'est pas réaliste. En outre, cette condition est très mal aisée à appliquer en ce qui concerne les savoir-faire, qui par nature, sont difficiles tant à répertorier qu'à protéger. Dès lors, il serait opportun de prévoir que la condition ainsi prévue constitue une obligation de moyen et non pas de résultat.

► Le MEDEF souhaite qu'il soit précisé que la condition prévue dans ce paragraphe soit assortie d'une obligation de moyen.

-§3 : sur l'égalité d'accès aux résultats

On constate que les parties à l'accord peuvent contribuer de façon disproportionnée aux travaux de recherche et de développement. Il semble donc nécessaire et plus juste d'avoir une répartition proportionnelle à l'apport de chaque partie. C'est pourquoi il convient de tenir compte des différences de contributions des parties pour la répartition des droits d'accès aux résultats. La Commission européenne ne devrait pas intervenir dans la façon dont les parties traiteront l'accès aux résultats et aux DPI, sauf cas d'abus.

► Le MEDEF souhaite que la rédaction de ce paragraphe soit précisée en ce sens.

-§4 : sur le droit d'accès au savoir-faire préexistant

Le MEDEF s'étonne de la suppression, dans le projet de règlement, de la phrase « *Ce droit d'exploitation peut être limité à un ou plusieurs domaines techniques d'application lorsque les parties ne sont pas des entreprises concurrentes, au moment de la conclusion de l'accord* », concluant l'article 3-§3 du règlement actuel. En effet, les situations décrites dans le règlement actuel n'apparaissent pas anti-compétitives. En outre, la mise à disposition de savoir-faire, dont la confidentialité assure pour l'essentiel la protection, ne peut être envisagée de façon aussi large. La divulgation de tous les savoir-faire constitue donc une contrainte excessive.

► Le MEDEF souhaite que soit conservée la rédaction actuelle sur ce point dans la rédaction du projet de règlement.

## **II – Observations sur le projet de règlement d'exemption des accords de spécialisation**

---

Définitions (article 1<sup>er</sup>) :

-§7 : la définition des termes « marché en cause »

La combinaison de ce paragraphe avec l'article 3 (relatif au seuil de part de marché) pose problème. Le MEDEF s'interroge sur l'avantage réel que présente cette extension apparente de la définition du marché en cause par rapport au règlement actuel. En particulier, la notion d'utilisation des produits intermédiaires « *de manière captive* » par les parties, est elle-même difficile à saisir.

► Le MEDEF est d'avis de retenir la définition actuellement retenue dans le règlement en vigueur (cf. article 2-§6).

-§12 : la définition des termes « concurrent potentiel » et le délai de trois ans

Le MEDEF réitère la remarque précédemment faite s'agissant du règlement d'exemption des accords de recherche et de développement.

► Le MEDEF souhaite que soit retenu le délai de un an dans cette définition ou à défaut que soit conservée la définition du règlement actuel (cf. article 2-§7).

### III – Observations sur le projet de lignes directrices

---

#### 1 – Sur le point 2 relatif aux principes généraux de l’appréciation des échanges d’information sous l’angle de la concurrence :

Le MEDEF note avec satisfaction que les lignes directrices consacrent de longs développements aux « *principes généraux de l’appréciation des échanges d’informations sous l’angle de la concurrence* » (cf. point 2, §54 et suivants). En effet ce point innovant répond à un besoin réel des entreprises et de leurs organisations en compilant des « bonnes pratiques », en fournissant quelques exemples intéressants et en tenant compte des évolutions jurisprudentielles qu’il formalise.

Le §58 reconnaît que « *les échanges d’informations entre concurrents encouragent très souvent la concurrence* » car ils peuvent déboucher sur une concurrence accrue ou des gains d’efficacité substantiels, ce qui est tout à fait important. De même, il convient de souligner l’intérêt des affirmations selon lesquelles « *un échange d’informations peut déboucher sur des gains d’efficacité substantiels* » (§88) ou « *peut déboucher sur la réalisation d’économies de coûts substantielles* » (§89). S’il en va également ainsi s’agissant de l’affirmation selon laquelle « *l’échange de données relatives aux consommateurs peut également permettre des gains d’efficacité* », le MEDEF s’étonne que ne soient spécifiquement cités que deux exemples relatifs au seul secteur financier (§90). Il serait donc indispensable que d’autres exemples sectoriels soient également cités.

Cependant, le MEDEF observe que ces affirmations favorables aux échanges d’informations au regard du respect des règles de concurrence, sont affaiblis par l’étendue des développements détaillés consacrés aux échanges d’informations de nature négative au regard de ces mêmes règles (cf. point 2.2), ce qui rend le document finalement assez décevant compte tenu du fait que le caractère potentiellement pro-compétitif des échanges d’informations est obscurci par la nécessité de les faire précéder d’une analyse relevant de la « casuistique », dont la complexité ne sert pas les objectifs de sécurité juridique.

S’il est compréhensible que les échanges d’informations sur prix futurs soient considérés comme particulièrement susceptibles de faciliter les pratiques anticoncurrentielles, la conception très large des échanges d’informations restrictifs de concurrence « par objet », qui écarte toute analyse factuelle, est excessive (§67 et 68).

Si les sept exemples d’échanges d’informations cités (§98 à 104) peuvent en eux-mêmes, être perçus comme des éléments intéressants en tant qu’ils reprennent notamment, diverses situations ayant fait l’objet de décisions connues, il est regrettable que les lignes directrices apportent en définitive peu d’éclairage pratique sur d’autres types de situations. En particulier, les développements sur les informations « *publiques* », « *agrégées* » ou « *historiques* » n’apportent guère de précisions utiles pratiques, ce que des exemples moins « simplistes » que ceux présentés auraient facilité.

On peut également regretter que les lignes directrices ne citent pas plus de types d’échanges d’informations précis de nature « pro concurrentielle » qui devraient être considérés soit comme n’entrant pas dans le champ de l’article 101-§1, soit comme devant bénéficier dans tous les cas des dispositions de son §3.

Enfin, au §57, il manque, dans la liste proposée, les échanges d'information initiés par la législation nationale ou européenne (par exemple, le règlement REACH pour les industriels de la chimie amenés à s'échanger des informations sur les substances chimiques en vue de l'enregistrement de ces substances).

## 2 – Sur le point 4 relatif aux accords de production

### 2.1. *Sur la prise en compte de circonstances exceptionnelles*

Le MEDEF aurait souhaité que les lignes directrices prévoient le maintien du bénéfice de l'exemption à des accords de production en cas de circonstances exceptionnelles (imposant la fermeture temporaire d'une usine par exemple). En effet, une telle possibilité paraît parfaitement légitime afin de permettre aux entreprises victimes de tels imprévus de conserver le bénéfice de l'exemption durant un temps nécessaire pour surmonter ces difficultés.

En conséquence,

► Le MEDEF souhaite qu'un complément soit apporté au §157 pour préciser que des accords de sous-traitance temporaires entre concurrents, pour faire face à des circonstances exceptionnelles, peuvent ne pas avoir d'effet anticoncurrentiel en raison de leur absence d'effet durable sur le marché.

### 2.2. *Au §164 des lignes directrices*

Le paragraphe 164 des lignes directrices contient la phrase suivante « *Une part de marché cumulée légèrement supérieure à 20% peut être compatible avec un marché modérément concentré* ».

Les termes « *légèrement* » et « *modérément* » manquent de précision, et font sérieusement douter de l'utilité de ce paragraphe du point de vue de la sécurité juridique. En outre, il est à noter que les lignes directrices actuelles ne font aucunement référence à ces notions vagues (cf. §96).

En conséquence,

► Le MEDEF propose de supprimer la phrase en question du projet de lignes directrices, sauf à en améliorer significativement la précision.

### 3 – Sur le point 5 relatif aux accords d'achat

Le seuil de 15% retenu au paragraphe 203 du projet de lignes directrices ne se justifie pas. Il apparaît même en contradiction avec l'esprit même de ce type d'accord dont la finalité est de faire des économies d'échelle. En outre, ce seuil n'est pas cohérent avec le seuil de 20% retenu s'agissant des accords de recherche et de développement ainsi que des accords de spécialisation. Enfin, il importe de rappeler que dans les récentes lignes directrices sur les accords verticaux adoptées par la Commission européenne, le seuil retenu était de 30%. Choisir un seuil proche pour les accords horizontaux serait un moyen efficace de garantir la cohérence des règles européennes de concurrence et la sécurité juridique. D'ailleurs, une étude commandée par l'OFT en 2007 affirmait que le seuil approprié pour le « safe harbour » devrait être de 25%.

En conséquence,

► Le MEDEF propose de relever le seuil de 15% à 20%.

### 4 – Sur le point 7 relatif aux accords de normalisation

- Aux §262 et 284 : sur la référence à la notion d'abus de position dominante

Le MEDEF considère que la possession par une partie de DPI essentiels ne doit pas être présumée constitutive d'une position dominante car la partie du marché affectée par la norme n'est pas assimilable systématiquement au marché pertinent retenu dans l'analyse réalisée du point de vue du droit de la concurrence.

► Le MEDEF demande donc que le paragraphe soit clarifié en ce sens.

- Aux §267 et 287 : sur la divulgation *ex ante* des conditions d'octroi de licences

Le §267 pose le principe selon lequel les accords entre titulaires de DPI sur les conditions de licence divulguées avant l'adoption de la norme constitueront des restrictions de la concurrence.

Or, à la lecture du paragraphe 287, la divulgation de ces conditions est envisagée et même parfaitement admise au regard de l'article 101-§1.

► Le MEDEF considère que cette incohérence doit être corrigée et propose de retenir le principe retenu au paragraphe 287.

- Au §268, considérer que « *Toutes les conditions générales contenant des dispositions qui influencent les prix imposés aux clients (prix conseillés, rabais, etc ?) constitueraient une restriction de la concurrence par objet* » est tout à fait brutal et excessif alors même que, concernant les restrictions par objet relatifs aux accords de commercialisation (cf. point 6.3.2 du projet de lignes directrices), les termes employés sont, avec juste raison, plus nuancés (cf. §229 : « *Il est donc probable...* » ; §230 : « *peuvent être...* »).

► Le MEDEF demande donc que la rédaction retenue au paragraphe 268 soit assouplie afin d’y introduire une appréciation nettement plus nuancée.

-Au §281 : sur le déploiement d’efforts raisonnables afin d’identifier les DPI existants et pendants couverts par la norme éventuelle.

Le MEDEF formule la même observation que celle faite s’agissant de l’article 3-§4 du projet de règlement d’exemption des accords de recherche et de développement.

► Le MEDEF demande que ce comportement soit assorti d’une obligation de moyen et non de résultat.

-Au §282 : sur « l’engagement FRAND »

Le MEDEF observe, que « l’engagement FRAND » ne peut être donné que soit en termes généraux, ce qui en affaiblit considérablement la portée, soit sous la forme de conditions précises, auquel cas il ne tient pas compte de l’accroissement de la valeur commerciale des DPI concernés, résultant inévitablement et légitimement de leur incorporation dans une norme. Dans ce dernier cas, une telle exigence pourrait freiner l’innovation et décourager les entreprises à investir.

En conséquence,

► Le MEDEF propose de supprimer le paragraphe 282 du projet de lignes directrices.

-Au §284 : sur la méthode de comparaison des redevances de licences

Ce paragraphe est inapproprié. En effet, comme indiqué ci-dessus, il est logique que l’adoption de la norme faisant usage d’un brevet essentiel constitue une reconnaissance de la valeur du DPI par le marché et qu’en conséquence le montant des redevances y afférentes soient plus élevés avant l’imposition de la norme au secteur (*ex ante*).

En conséquence,

- ▶ Le MEDEF propose de supprimer le paragraphe 284 du projet de lignes directrices.

-Au §285 : sur l'intervention d'experts indépendants

La remarque précédente s'applique en cas de recours à des tiers. Ceux-ci doivent pouvoir prendre en compte l'effet commercial induit par l'adaptation de la norme utilisant les DPI concernés et donc l'augmentation de la valeur et du prix qui en découle.

En conséquence,

- ▶ Le MEDEF propose de supprimer le paragraphe 285 du projet de lignes directrices.