

Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration

(2005/C 56/03)

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

I. INTRODUCTION

1. Le règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (le règlement CE sur les concentrations)⁽¹⁾ dispose à son article 6, paragraphe 1, point b), deuxième alinéa, ainsi qu'à son article 8, paragraphe 1, deuxième alinéa, et à son article 8, paragraphe 2, troisième alinéa, que toute décision déclarant une concentration compatible avec le marché commun «est réputée couvrir les restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration».
2. La modification des règles régissant l'appréciation des restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration (ci-après également dénommées «restrictions accessoires») introduit le principe de l'appréciation de ces restrictions par les entreprises elles-mêmes. Cela reflète la volonté du législateur de ne pas obliger la Commission à apprécier et à traiter cas par cas les restrictions accessoires. Le traitement applicable aux restrictions accessoires en application du règlement CE sur les concentrations est en outre expliqué au considérant 21 du préambule dudit règlement, qui dispose que «Les décisions de la Commission déclarant des concentrations compatibles avec le marché commun en application du présent règlement devraient automatiquement couvrir ces restrictions, sans que la Commission soit tenue d'apprécier ces restrictions cas par cas». Si le considérant prévoit que la Commission exercera une fonction résiduelle en ce qui concerne les questions inédites ou non résolues donnant lieu à une véritable insécurité, il incombe dans tous les autres cas aux entreprises concernées d'apprécier elles-mêmes si et dans quelle mesure leurs accords peuvent être considérés comme accessoires d'une opération. Les différends portant sur la question de savoir si les restrictions sont ou non directement liées et nécessaires à la réalisation de l'opération de concentration, et donc automatiquement couvertes par la décision d'autorisation de la Commission, peuvent être réglés devant les juridictions nationales.
3. La fonction résiduelle de la Commission est précisée au considérant 21 du règlement CE sur les concentrations, où il est spécifié que la Commission devrait, à la demande des entreprises concernées, déterminer expressément si les restrictions ont ou non un caractère accessoire dans les cas suscitant «des questions inédites ou non résolues donnant lieu à une véritable insécurité». Le considérant définit ensuite une «question inédite ou non résolue donnant lieu à une véritable insécurité» comme une question qui «n'est pas couverte par l'avis pertinent de la Commission en vigueur ni par une décision publiée de la Commission».
4. Pour fournir la sécurité juridique nécessaire aux entreprises concernées, la présente communication donne des indications sur l'interprétation de la notion de restrictions accessoires. Les indications données dans les sections qui suivent reflètent l'essentiel de la pratique de la Commission et fixent des principes pour l'appréciation de la question de savoir si et dans quelle mesure les types d'accords les plus courants sont considérés comme des restrictions accessoires.
5. Toutefois, les affaires caractérisées par des circonstances exceptionnelles qui ne sont pas couvertes par la présente communication peuvent justifier que l'on s'écarte de ces principes. Les parties peuvent trouver des indications complémentaires concernant la question de savoir si leurs accords peuvent ou non être considérés comme des restrictions accessoires dans les décisions publiées de la Commission⁽²⁾. Dans la mesure où des affaires caractérisées par des circonstances exceptionnelles ont été traitées précédemment par la Commission dans ses décisions publiées⁽³⁾, elles ne suscitent plus de questions «inédites ou non résolues» au sens du considérant 21 du règlement CE sur les concentrations.

⁽¹⁾ JO L 24 du 29.1.2004, p. 1.

⁽²⁾ Aux fins de la présente communication, une décision est considérée comme publiée au moment de sa publication au Journal officiel de l'Union européenne ou lorsqu'elle est mise à la disposition du public sur le site Web de la Commission.

⁽³⁾ Voir par exemple la décision de la Commission du 1^{er} septembre 2000 (COMP/M.1980 — Volvo/Renault V.I., point 56) — clientèle fortement fidélisée, la décision de la Commission du 23 octobre 1998 (IV/M.1298 — Kodak/Imation, point 73) — long cycle de vie du produit, la décision de la Commission du 13 mars 1995 (IV/M.550 — Union Carbide/Enichem, point 99) — nombre limité d'autres producteurs, ainsi que la décision de la Commission du 30 avril 1992 (IV/M.197 — Solvay-Laporte/Interox, point 50) — nécessité d'une protection plus longue du savoir-faire.

6. En conséquence, une affaire suscite «des questions inédites ou non résolues donnant lieu à une véritable insécurité» si les restrictions en cause ne sont pas couvertes par la présente communication et n'ont pas été traitées précédemment par la Commission dans ses décisions publiées. Comme le prévoit le considérant 21 du règlement CE sur les concentrations, en pareils cas, la Commission appréciera expressément ces restrictions à la demande des entreprises concernées. Dans les limites imposées par les exigences de confidentialité, la Commission assurera une publicité adéquate concernant les appréciations qui développent les principes énoncés dans la présente communication.
7. Dans la mesure où les restrictions sont directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration, l'article 21, paragraphe 1, du règlement CE sur les concentrations prévoit que ce règlement est seul applicable, à l'exclusion des règlements (CE) n° 1/2003 ⁽¹⁾, (CEE) n° 1017/68 ⁽²⁾ et (CEE) n° 4056/86 ⁽³⁾ du Conseil. En revanche, pour les restrictions qui ne peuvent être considérées comme directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration, les articles 81 et 82 du traité CE restent potentiellement applicables. Toutefois, le simple fait qu'un accord ou un arrangement n'est pas considéré comme accessoire à une concentration ne porte pas, en soi, préjudice à son statut juridique. De tels accords ou arrangements doivent être appréciés au regard des articles 81 et 82 du traité CE, ainsi que des textes réglementaires et des communications qui s'y rapportent ⁽⁴⁾. Ils peuvent également entrer dans le champ d'application des règles de concurrence nationales en vigueur. En conséquence, des accords qui restreignent la concurrence mais qui ne sont pas considérés comme directement liés et nécessaires à la réalisation de la concentration en vertu de la présente communication peuvent néanmoins relever de ces dispositions.
8. L'interprétation que donne la Commission de l'article 6, paragraphe 1, point b), deuxième alinéa, ainsi que de l'article 8, paragraphe 1, deuxième alinéa et de l'article 8, paragraphe 2, troisième alinéa, du règlement CE sur les concentrations ne préjuge pas de l'interprétation que peuvent en donner la Cour de justice ou le Tribunal de première instance des Communautés européennes.
9. La présente communication remplace la communication précédente de la Commission concernant les restrictions directement liées et nécessaires aux opérations de concentration ⁽⁵⁾.

II. PRINCIPES GÉNÉRAUX

10. Une opération de concentration comprend des arrangements contractuels et des accords établissant un contrôle au sens de l'article 3, paragraphe 2, du règlement CE sur les concentrations. Tous les accords qui exécutent l'objet principal de la concentration ⁽⁶⁾, tels que ceux relatifs à la vente d'actions ou d'actifs d'une entreprise, font partie intégrante de la concentration. Outre ces arrangements et ces accords, les parties à la concentration peuvent conclure d'autres accords qui ne font pas partie intégrante de la concentration mais qui peuvent limiter la liberté d'action des parties sur le marché. Si ces accords comportent des restrictions accessoires, celles-ci sont automatiquement couvertes par la décision déclarant la concentration compatible avec le marché commun.

⁽¹⁾ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO L 1 du 4.1.2003, p. 1. Règlement modifié par le règlement (CE) n° 411/2001 (JO L 68 du 6.3.2004, p. 1).

⁽²⁾ Règlement (CEE) n° 1017/68 du Conseil du 19 juillet 1968 portant application des règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, JO L 175 du 23.7.1968, p. 1. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1/2003.

⁽³⁾ Règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 81 et 82 du traité aux transports maritimes, JO L 378 du 31.12.1986, p. 4. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1/2003.

⁽⁴⁾ Pour les accords de licence, voir par exemple le règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, JO L 123 du 27.4.2004, p. 11; pour les engagements d'achat et de livraison, voir par exemple le règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO L 336 du 29.12.1999, p. 21.

⁽⁵⁾ JO C 188 du 4.7.2001, p. 5.

⁽⁶⁾ Voir par exemple la décision de la Commission du 10 août 1992 (IV/M.206 — Rhône-Poulenc/SNIA, point 8.3), la décision de la Commission du 19 décembre 1991 (IV/M.113 — Courtaulds/SNIA, point 35) et la décision de la Commission du 2 décembre 1991 (IV/M.102 — TNT/Canada Post/DBP Postdienst/La Poste/PTT Poste & Sweden Post, point 46).

11. Les critères de lien direct et de nécessité sont objectifs par nature. Des restrictions ne sont pas directement liées et nécessaires à la réalisation d'une concentration simplement parce que les parties les considèrent comme telles.
12. Pour que des restrictions soient considérées comme «directement liées à la réalisation de la concentration», il faut qu'elles soient étroitement liées à la concentration proprement dite. Il ne suffit pas qu'un accord ait été conclu dans le même contexte ou au même moment que l'opération de concentration⁽¹⁾. Les restrictions directement liées à la concentration se rapportent, d'un point de vue économique, à la transaction principale et visent à permettre une transition en douceur entre l'ancienne structure de l'entreprise et la nouvelle après l'achèvement de l'opération de concentration.
13. Les accords doivent être «nécessaires à la réalisation de la concentration»⁽²⁾, ce qui signifie qu'en leur absence, la concentration ne pourrait pas être réalisée ou ne pourrait l'être que dans des conditions beaucoup plus aléatoires, moyennant un coût sensiblement plus élevé, dans un délai nettement plus long ou beaucoup plus difficilement⁽³⁾. Les accords nécessaires à la réalisation d'une opération de concentration visent normalement à protéger la valeur cédée⁽⁴⁾, à maintenir la continuité d'approvisionnement après la scission d'une ancienne entité économique⁽⁵⁾ ou à permettre à une nouvelle entité de démarrer⁽⁶⁾. Pour déterminer si une restriction est ou non nécessaire, il convient non seulement de tenir compte de sa nature, mais aussi de s'assurer que sa durée et son champ d'application matériel et géographique ne dépassent pas ce qu'exige raisonnablement la réalisation de la concentration. Lorsqu'il existe plusieurs méthodes tout aussi efficaces pour atteindre l'objectif légitime poursuivi, les entreprises doivent choisir celle qui sera, objectivement, la moins restrictive de la concurrence.
14. En ce qui concerne les concentrations réalisées par étapes, des arrangements contractuels relatifs aux étapes antérieures à l'établissement du contrôle au sens de l'article 3, paragraphes 1 et 2, du règlement CE sur les concentrations ne peuvent en principe être considérés comme directement liés et nécessaires à la réalisation de la concentration. Toutefois, tout engagement de ne pas apporter de modifications substantielles à l'activité cible jusqu'à l'achèvement de l'opération est considéré comme directement lié et nécessaire à la mise en œuvre de l'offre commune⁽⁷⁾. Cela vaut également, dans le contexte d'une offre commune, pour tout engagement pris par les participants à l'acquisition en commun d'une entreprise de ne pas lancer d'offres concurrentes séparées pour la même entreprise ou de ne pas en acquérir autrement le contrôle.
15. Les accords servant à faciliter l'acquisition en commun du contrôle doivent être considérés comme directement liés et nécessaires à la réalisation de la concentration. Cela vaut pour les dispositions relatives à la division des actifs dont les parties à l'acquisition du contrôle en commun conviennent pour se répartir les installations de production ou les réseaux de distribution ainsi que les droits de marque existants de l'entreprise acquise en commun.
16. Dans la mesure où une telle division implique la scission d'une entité économique préexistante, les dispositions convenues en vue de rendre cette scission possible dans des conditions raisonnables doivent être considérées comme directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration conformément aux principes définis ci-dessous.

(1) De même, une restriction pourrait, si toutes les autres conditions sont satisfaites, être «directement liée» à une opération même si elle n'a pas été convenue en même temps que l'accord qui exécute l'objet principal de la concentration.

(2) Voir l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire 42/84 (*Remia*), Recueil 1985, p. 2545, point 20, ainsi que l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-112/99 (*Métropole Télévision – M6*), Recueil 2001, p. II-2459, point 106.

(3) Décision de la Commission du 18 décembre 2000 (COMP/M.1863 — *Vodafone/BT/Airtel JV*, point 20).

(4) Décision de la Commission du 30 juillet 1998 (IV/M.1245 — *VALEO/ITT Industries*, point 59); décision de la Commission du 3 mars 1999 (IV/M.1442 — *MMP/AFP*, point 17); décision de la Commission du 9 mars 2001 (COMP/M.2330 — *Cargill/Banks*, point 30); décision de la Commission du 20 mars 2001 (COMP/M.2227 — *Goldman Sachs/Messer Griesheim*, point 11).

(5) Décision de la Commission du 25 février 2000 (COMP/M.1841 — *Celestica/IBM*, point 21).

(6) Décision de la Commission du 30 mars 1999 (IV/JV.15 — *BT/AT&T*, points 207 à 214); décision de la Commission du 22 décembre 2000 (COMP/M.2243 — *Stora Enso/Assidoman/JV*, points 49, 56 et 57).

(7) Décision de la Commission du 27 juillet 1998 (IV/M.1226 — *GEC/GPTH*, point 22); décision de la Commission du 2 octobre 1997 (IV/M.984 — *Dupont/ICI*, point 55); décision de la Commission du 19 décembre 1997 (IV/M.1057 — *Terra Industries/ICI*, point 16); décision de la Commission du 18 décembre 1996 (IV/M.861 — *Textron/Kautex*, points 19 et 22); décision de la Commission du 7 août 1996 (IV/M.727 — *BP/Mobil*, point 50).

III. PRINCIPES APPLICABLES AUX RESTRICTIONS USUELLES EN CAS D'ACQUISITION D'UNE ENTREPRISE

17. Les restrictions convenues entre les parties dans le cadre de la cession d'une entreprise peuvent être en faveur de l'acquéreur ou du vendeur. D'une manière générale, la nécessité de bénéficier d'une certaine protection est plus impérieuse pour l'acquéreur que pour le vendeur. C'est l'acquéreur qui doit recevoir l'assurance qu'il pourra prendre possession de la valeur totale de l'activité acquise. Par conséquent, en règle générale, soit les restrictions en faveur du vendeur ne sont tout simplement pas directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration ⁽¹⁾, soit elles doivent avoir une portée et/ou une durée plus limitées que celles des clauses en faveur de l'acquéreur ⁽²⁾.

A. Clauses de non-concurrence

18. Les obligations de non-concurrence imposées au vendeur dans le cadre de la cession d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise peuvent être directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration. Pour prendre possession de la valeur totale des actifs qui lui sont cédés, l'acquéreur doit pouvoir bénéficier d'une certaine protection contre la concurrence du vendeur, de manière à être en mesure de fidéliser la clientèle, ainsi que d'assimiler et d'exploiter le savoir-faire. Ces clauses de non-concurrence garantissent le transfert à l'acquéreur de la valeur totale des actifs cédés, qui comprennent, en règle générale, tant des biens corporels que des actifs incorporels, comme le fonds commercial que le vendeur s'est constitué ou le savoir-faire ⁽³⁾ qu'il a développé. Ces clauses sont non seulement directement liées à l'opération de concentration, mais également nécessaires à sa réalisation car, en leur absence, il y aurait raisonnablement lieu de s'attendre à ce que la vente de l'entreprise ou de la partie d'entreprise ne puisse avoir lieu.
19. De telles clauses de non-concurrence ne sont cependant justifiées par l'objectif légitime de réalisation de la concentration que dans la mesure où leur durée, leur champ d'application territorial et leur portée matérielle et personnelle n'excèdent pas ce qui est raisonnablement nécessaire à cette fin ⁽⁴⁾.
20. Les clauses de non-concurrence se justifient pour des périodes n'excédant pas trois ans ⁽⁵⁾ lorsque la cession de l'entreprise inclut la fidélisation de la clientèle sous la forme à la fois du fonds commercial et du savoir-faire ⁽⁶⁾. Lorsque seul le fonds commercial est inclus, ces clauses sont justifiées pour des périodes n'excédant pas deux ans ⁽⁷⁾.
21. En revanche, les clauses de non-concurrence ne peuvent être considérées comme nécessaires lorsque la cession se limite en réalité à des biens corporels (tels que terrains, bâtiments et machines) ou à des droits exclusifs de propriété industrielle et commerciale (dont les titulaires pourraient s'opposer immédiatement à toute contrefaçon de la part du cédant de ces droits).
22. La portée géographique d'une clause de non-concurrence doit être limitée à la zone où le vendeur offrait les produits ou les services en cause avant la cession, puisque l'acquéreur n'a pas besoin d'être protégé de la concurrence du vendeur dans les territoires où ce dernier n'était pas présent auparavant ⁽⁸⁾. Cette portée géographique peut être étendue aux territoires dans lesquels le vendeur envisageait de pénétrer au moment de la réalisation de l'opération, pour autant qu'il ait déjà investi en préparation de ce projet.

⁽¹⁾ Décision de la Commission du 27 juillet 1998 (IV/M.1226 — *GEC/GPTH*, point 24).

⁽²⁾ Pour les clauses ayant pour objet de protéger une partie des activités conservées par le vendeur, voir par exemple la décision de la Commission du 30 août 1993 (IV/M.319 — *BHF/CCF/Charterhouse*, point 16).

⁽³⁾ Au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point i), du règlement (CE) n° 772/2004.

⁽⁴⁾ Voir l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire 42/84 (*Remia*), Recueil 1985, p. 2545, point 20, ainsi que l'arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-112/99 (*Métropole Télévision — M6*), Recueil 2001, p. II-2459, point 106.

⁽⁵⁾ Pour les cas exceptionnels dans lesquels des périodes plus longues peuvent se justifier, voir par exemple la décision de la Commission du 1^{er} septembre 2000 (COMP/M.1980 — *Volvo/Renault V.I.*, point 56), la décision de la Commission du 27 juillet 1995 (IV/M.612 — *RWE-DEA/Enichem Augusta*, point 37), ainsi que la décision de la Commission du 23 octobre 1998 (IV/M.1298 — *Kodak/Imation*, point 74).

⁽⁶⁾ Décision de la Commission du 2 Avril 1998 (IV/M.1127 — *Nestlé/Dalgety*, point 33); décision de la Commission du 1^{er} septembre 2000 (COMP/M.2077 — *Clayton Dubilier & Rice/Iteltel*, point 15); décision de la Commission du 2 mars 2001 (COMP/M.2305 — *Vodafone Group PLC/EIRCELL*, points 21 et 22).

⁽⁷⁾ Décision de la Commission du 12 avril 1999 (IV/M.1482 — *KingFisher/Grosslabor*, point 26); décision de la Commission du 14 décembre 1997 (IV/M.884 — *KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler*, point 17).

⁽⁸⁾ Décision de la Commission du 14 décembre 1997 (IV/M.884 — *KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler*, point 17); décision de la Commission du 12 avril 1999 (IV/M.1482 — *KingFisher/Grosslabor*, point 27); décision de la Commission du 6 avril 2001 (COMP/M.2355 — *Dow/Enichem Polyurethane*, point 28); décision de la Commission du 4 août 2000 (COMP/M.1979 — *CDC/Banco Urquijo/IV*, point 18).

23. De même, les clauses de non-concurrence doivent rester limitées aux produits (y compris leurs versions améliorées ou actualisées et les produits qui les remplacent) et aux services qui constituaient l'activité économique de l'entreprise cédée. Il peut s'agir de produits et de services ayant atteint un stade de développement avancé au moment de l'opération, ou encore de produits dont le développement est achevé mais qui ne sont pas encore commercialisés. La protection contre la concurrence du vendeur sur les marchés de produits ou de services sur lesquels l'entreprise cédée n'était pas active avant la cession n'est pas considérée comme nécessaire ⁽¹⁾.
24. Le vendeur peut s'engager pour lui-même, ses filiales et ses agents commerciaux. Par contre, une obligation d'imposer des restrictions similaires à des tiers ne serait pas considérée comme directement liée et nécessaire à la réalisation de la concentration. Cela vaut notamment pour les clauses qui restreignent la liberté des revendeurs ou des utilisateurs de procéder à des importations ou à des exportations.
25. Les clauses qui limitent le droit du vendeur d'acheter ou de détenir des parts d'une société qui est en concurrence avec l'activité cédée sont considérées comme directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration aux mêmes conditions que celles définies plus haut pour les clauses de non-concurrence, à moins qu'elles n'empêchent le vendeur d'acheter ou de détenir des parts uniquement à des fins d'investissement, sans que cela lui confère, directement ou indirectement, des fonctions de direction ou une influence substantielle dans l'entreprise concurrente ⁽²⁾.
26. Comme les clauses de non-sollicitation et de confidentialité ont un effet comparable à celui des clauses de non-concurrence, elles doivent être appréciées de façon similaire ⁽³⁾.

B. Accords de licence

27. La cession d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise peut comporter le transfert à l'acquéreur, en vue de la pleine exploitation des actifs cédés, de droits de propriété intellectuelle ou de savoir-faire. Cependant, le vendeur peut rester titulaire des droits afin de les exploiter pour d'autres activités que celles qui font l'objet du transfert. Dans ce cas, le moyen usuel pour garantir à l'acquéreur la pleine jouissance des actifs cédés est la conclusion d'accords de licence en sa faveur. De même, si le vendeur a cédé des droits de propriété intellectuelle avec l'activité, il peut vouloir continuer à utiliser tout ou partie desdits droits pour d'autres activités que celles qui font l'objet du transfert; dans ce cas, l'acquéreur accordera une licence au vendeur.
28. Les licences de brevets ⁽⁴⁾, de droits similaires ou de savoir-faire ⁽⁵⁾ peuvent être considérées comme nécessaires à la réalisation de la concentration. Elles peuvent également être considérées comme faisant partie intégrante de la concentration et ne doivent, en tout état de cause, pas être limitées dans le temps. Ces licences peuvent être simples ou exclusives et être limitées à certaines applications, dans la mesure où celles-ci correspondent aux activités de l'entreprise cédée.

⁽¹⁾ Décision de la Commission du 14 décembre 1997 (IV/M.884 – *KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler*, point 17); décision de la Commission du 2 mars 2001 (COMP/M.2305 – *Vodafone Group PLC/EIRCELL*, point 22); décision de la Commission du 6 avril 2001 (COMP/M.2355 – *Dow/Enichem Polyurethane*, point 28); décision de la Commission du 4 août 2000 (COMP/M.1979 – *CDC/Banco Urquijo/JV*, point 18).

⁽²⁾ Décision de la Commission du 4 février 1993 (IV/M.301 – *Tesco/Catteau*, point 14); décision de la Commission du 14 décembre 1997 (IV/M.884 – *KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler*, point 19); décision de la Commission du 12 avril 1999 (IV/M.1482 – *Kingfisher/Grosslabor*, point 27); décision de la Commission du 6 avril 2000 (COMP/M.1832 – *Ahold/ICA Förbundet/Canica*, point 26).

⁽³⁾ En conséquence, les clauses de confidentialité concernant la clientèle, les prix et les quantités ne peuvent être prolongées. En revanche, les clauses de confidentialité relatives au savoir-faire technique peuvent exceptionnellement être justifiées pour des périodes plus longues; voir la décision de la Commission du 29 avril 1998 (IV/M.1167 – *ICI/Williams*, point 22); décision de la Commission du 30 avril 1992 (IV/M.197 – *Solvay-Laporte/Interox*, point 50).

⁽⁴⁾ Y compris les demandes de brevets, les modèles d'utilité, les demandes d'enregistrement de modèles d'utilité, les dessins, les topographies de produits semi-conducteurs, les certificats de protection complémentaire pour produits pharmaceutiques ou autres produits susceptibles d'en bénéficier et les certificats d'obtention végétale (visés à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point h), du règlement (CE) n° 772/2004).

⁽⁵⁾ Au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, point i), du règlement (CE) n° 772/2004.

29. Toutefois, les limitations territoriales de fabrication qui correspondent au territoire couvert par l'activité cédée ne sont pas nécessaires à la réalisation de l'opération. En ce qui concerne les licences accordées par le vendeur d'une activité à l'acheteur, le vendeur peut être soumis à des restrictions territoriales en vertu de l'accord de licence dans les mêmes conditions que celles fixées pour les clauses de non-concurrence dans le cadre de la vente d'une activité.
30. Les restrictions inhérentes aux accords de licence qui dépassent cette portée, telles que celles qui protègent le donneur de licence plutôt que le preneur, ne sont pas nécessaires à la réalisation de la concentration ⁽¹⁾.
31. De même, dans le cas de licences de marques, de dénominations commerciales, de droits des dessins et modèles, de droits d'auteur ou de droits voisins, il peut arriver que le vendeur entende rester titulaire des droits pour l'exploitation des activités conservées, alors que l'acquéreur a besoin de ces droits pour commercialiser les biens ou les services produits par l'entreprise ou la partie d'entreprise cédée. Dans ce cas, les mêmes principes que ceux énoncés ci-dessus sont applicables ⁽²⁾.

C. Obligations d'achat et de livraison

32. La cession d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise peut, dans de nombreux cas, entraîner la rupture des relations traditionnelles d'achat et de livraison ayant existé auparavant du fait de l'intégration des activités au sein de l'entité économique du vendeur. Pour permettre, dans des conditions raisonnables, la scission de l'entité économique du vendeur et le transfert partiel des actifs à l'acquéreur, il est souvent nécessaire de maintenir les liens existants ou d'établir des liens similaires entre le vendeur et l'acquéreur pour une période transitoire. Cet objectif est normalement atteint par l'imposition d'obligations d'achat et de livraison au vendeur et/ou à l'acquéreur de l'entreprise ou de la partie d'entreprise. Compte tenu de la situation particulière résultant de la scission de l'entité économique du vendeur, de telles obligations peuvent être reconnues comme directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration. Elles peuvent jouer en faveur du vendeur ou de l'acquéreur, en fonction des circonstances particulières du cas d'espèce.
33. De telles obligations peuvent avoir pour but d'assurer la continuité d'approvisionnement de l'une ou l'autre des parties en produits nécessaires aux activités conservées par le vendeur ou reprises par l'acquéreur. La durée des obligations d'achat et de livraison doit cependant être limitée à la période nécessaire pour remplacer la relation de dépendance par une position autonome sur le marché. Les obligations d'achat ou de livraison destinées à garantir les quantités fournies antérieurement peuvent par conséquent se justifier pour une période transitoire de cinq ans au maximum ⁽³⁾.
34. Les obligations, tant de livraison que d'achat, portant sur des quantités fixes, assorties le cas échéant d'une clause évolutive, sont reconnues comme directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration. Les obligations portant sur la fourniture de quantités indéterminées ⁽⁴⁾, prévoyant l'exclusivité ou conférant un statut privilégié au fournisseur ou à l'acheteur ⁽⁵⁾ ne sont, en revanche, pas nécessaires à la réalisation de la concentration.
35. Les contrats de service et de distribution étant d'effet équivalent aux accords de fourniture, les considérations qui précèdent leur sont également applicables.

⁽¹⁾ Dans la mesure où ils relèvent de l'article 81, paragraphe 1, du traité CE, de tels accords peuvent néanmoins relever du champ d'application du règlement (CE) n° 772/2004 ou d'autres textes législatifs communautaires.

⁽²⁾ Décision de la Commission du 1^{er} septembre 2000 (COMP/M.1980 — *Volvo/Renault V.I.*, point 54).

⁽³⁾ Décision de la Commission du 5 février 1996 (IV/M.651 — *AT&T/Philips*, VII.); décision de la Commission du 30 mars 1999 (IV/JV.15 — *BT/AT&T*, point 209); pour les cas exceptionnels, voir la décision de la Commission du 13 mars 1995 (IV/M.550 — *Union Carbide/Enichem*, point 99) et la décision de la Commission du 27 juillet 1995 (IV/M.612 — *RWE-DEA/Enichem Augusta*, point 45).

⁽⁴⁾ Conformément au principe de proportionnalité, les obligations prévoyant des quantités fixes par le biais d'une clause évolutive sont, en pareils cas, moins restrictives de la concurrence; voir par exemple la décision de la Commission du 18 septembre 1998 (IV/M.1292 — *Continental/ITT*, point 19).

⁽⁵⁾ Décision de la Commission du 30 juillet 1998 (IV/M.1245 — *VALEO/ITT Industries*, point 64); voir, pour les cas exceptionnels (par exemple: absence de marché), la décision de la Commission du 13 mars 1995 (IV/M.550 — *Union Carbide/Enichem*, points 92 à 96) et la décision de la Commission du 27 juillet 1995 (IV/M.612 — *RWE-DEA/Enichem Augusta*, points 38 et suivants).

IV. PRINCIPES APPLICABLES AUX RESTRICTIONS USUELLES EN CAS DE CRÉATION D'UNE ENTREPRISE COMMUNE AU SENS DE L'ARTICLE 3, PARAGRAPHE 4, DU RÈGLEMENT CE SUR LES CONCENTRATIONS

A. Obligations de non-concurrence

36. Une obligation de non-concurrence entre les entreprises fondatrices et une entreprise commune peut être considérée comme directement liée et nécessaire à la réalisation de la concentration lorsqu'elle s'applique aux produits, aux services et aux territoires couverts par l'accord portant création de l'entreprise commune ou par ses statuts. De telles clauses de non-concurrence traduisent, entre autres, la nécessité de faire en sorte que les négociations soient menées de bonne foi; elles peuvent également refléter la nécessité d'utiliser pleinement les actifs de l'entreprise commune ou de permettre à celle-ci d'assimiler le savoir-faire et le fonds commercial apportés par les entreprises fondatrices, ou encore de protéger les intérêts des entreprises fondatrices dans l'entreprise commune contre des actes de concurrence facilités, notamment, par l'accès privilégié dont elles disposent au savoir-faire et au fonds commercial transférés à l'entreprise commune ou constitués par celle-ci. Ces obligations de non-concurrence entre les entreprises fondatrices et une entreprise commune peuvent être considérées comme directement liées et nécessaires à la réalisation de la concentration pendant la durée de vie de l'entreprise commune ⁽¹⁾.
37. La portée géographique d'une clause de non-concurrence doit être limitée à la zone où les entreprises fondatrices offraient les produits ou les services en cause avant de créer l'entreprise commune ⁽²⁾. Cette portée géographique peut être étendue aux territoires dans lesquels les entreprises fondatrices envisageaient de pénétrer au moment de l'opération, pour autant qu'elles aient déjà investi en préparation de ce projet.
38. De même, les clauses de non-concurrence doivent être limitées aux produits et aux services constituant l'activité économique de l'entreprise commune. Il peut s'agir de produits et de services ayant atteint un stade de développement avancé au moment de l'opération, ou encore de produits et de services dont le développement est achevé mais qui ne sont pas encore commercialisés.
39. Si l'entreprise commune est constituée en vue de s'implanter sur un nouveau marché, il sera fait mention des produits, services et territoires sur lesquels il est prévu qu'elle exerce ses activités en vertu de l'accord portant création de l'entreprise commune ou de ses statuts. On supposera toutefois que l'intérêt que détient une société fondatrice dans l'entreprise commune ne doit pas être protégé de la concurrence de l'autre société fondatrice sur les marchés autres que ceux sur lesquels ladite entreprise commune exercera ses activités dès le début.
40. En outre, une obligation de non-concurrence entre des entreprises fondatrices qui ne contrôlent pas l'entreprise commune et cette dernière n'est pas directement liée et nécessaire à la réalisation de la concentration.
41. Les clauses de non-sollicitation et de confidentialité sont soumises aux mêmes principes que les clauses de non-concurrence.

B. Accords de licence

42. Une licence accordée par les entreprises fondatrices à l'entreprise commune peut être considérée comme directement liée et nécessaire à la réalisation de la concentration. Cette règle s'applique que la licence soit ou non exclusive ou limitée dans le temps. La licence peut ne porter que sur une application particulière correspondant aux activités de l'entreprise commune.

⁽¹⁾ Décision de la Commission du 15 janvier 1998 (IV/M.1042 - *Eastman Kodak/Sun Chemical*, point 40); décision de la Commission du 7 août 1996 (IV/M.727 — *BP/Mobil*, point 51); décision de la Commission du 3 juillet 1996 (IV/M.751 — *Bayer/Hüls*, point 31); décision de la Commission du 6 avril 2000 (COMP/M.1832 — *Ahold/ICA Förbundet/Canica*, point 26).

⁽²⁾ Décision de la Commission du 29 août 2000 (COMP/M.1913 — *Lufthansa/Menzies/LGS/JV*, point 18); décision de la Commission du 22 décembre 2000 (COMP/M.2243 — *Stora Enso/Assidoman/JV*, point 49, dernière phrase).

43. Les licences accordées par l'entreprise commune à l'une de ses entreprises fondatrices ou les accords de concession réciproque de licences peuvent être considérés comme directement liés et nécessaires à la réalisation de la concentration aux mêmes conditions que dans le cas de l'acquisition d'une entreprise. Les accords de licence entre les entreprises fondatrices ne sont pas considérés comme directement liés et nécessaires à la réalisation de l'entreprise commune.

C. Obligations d'achat et de livraison

44. Si les entreprises fondatrices restent présentes sur un marché situé en amont ou en aval de celui de l'entreprise commune, tout engagement d'achat et de livraison, y compris les contrats de services et de distribution, est soumis aux principes applicables à la cession d'une entreprise.
-