



**Avis n° 06-A-14 du 18 juillet 2006  
relatif au contrat proposé par EDF à ses fournisseurs  
de coffrets de branchement individuel basse tension**

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 24 janvier 2005 sous le numéro 05/0004 A par laquelle le Groupement des industries de l'équipement électrique, du contrôle commande et des services associés (GIMELEC) a saisi pour avis le Conseil de la concurrence en application de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement, le GIMELEC, la société Electricité de France (EDF) ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants du Groupement des industries de l'équipement électrique du contrôle commande et des services associés (GIMELEC) entendus lors de la séance du 17 mai 2006, ainsi que les représentants de EDF sur le fondement de l'article L. 463-7, alinéa 2 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

## **I. Présentation de la saisine**

### **A. LE CONTEXTE DE LA DEMANDE D'AVIS**

1. Le GIMELEC a saisi le Conseil de la concurrence, en application de l'article L.462-1 du code de commerce, d'une demande d'avis portant sur la « *conformité aux principes de concurrence de nouveaux contrats d'étude, de développement et de fourniture élaborés par EDF pour ses fournisseurs et plus particulièrement, les stipulations de ces contrats relatives à l'attribution, la répartition et à la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle.* »
2. Le GIMELEC est un syndicat professionnel qui représente en France environ deux cents industriels du secteur de l'équipement électrique et, plus spécifiquement, de l'équipement de branchement basse tension. Il a soumis au Conseil un contrat-type d'étude, de développement et de fourniture de coffrets de branchement individuel basse tension, proposé par EDF en juin 2004, et s'interroge sur les effets, au regard du droit de la concurrence, que ce nouveau cadre contractuel pourrait avoir sur la situation de l'ensemble des opérateurs du secteur en cause.
3. A titre liminaire, il convient de rappeler, d'une part, qu'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence saisi d'une demande d'avis de qualifier des pratiques au regard des dispositions des articles L. 420-1 et 420-2 du code de commerce ou 81 et 82 du traité CE, seule la mise en œuvre de la procédure contradictoire, dans le cadre d'une saisine contentieuse permettant une telle appréciation, d'autre part, qu'il ne peut que se prononcer, lorsqu'il est consulté en application de l'article L. 462-1 du code de commerce, que sur des questions de concurrence qui ont un degré de généralité suffisant. C'est dans ce cadre que seront examinées les questions posées par le GIMELEC.

### **B. LE SECTEUR CONCERNE**

#### **1. UN SEGMENT DU SECTEUR DE L'EQUIPEMENT ELECTRIQUE**

4. Les entreprises membres du GIMELEC représentent 90 % des entreprises du secteur. Ces entreprises se spécialisent dans la conception, la fabrication, la mise en œuvre et la maintenance des services liés aux matériels d'équipement électrique destinés d'une part, à la production, au transport et à la distribution de l'électricité et d'autre part, aux applications de l'électricité dans l'industrie, la construction et le tertiaire.
5. Organisé autour de ces deux grands domaines, le GIMELEC comprend trois pôles sectoriels, à savoir celui de l'énergie, celui de l'industrie et celui du tertiaire, ainsi que quarante trois divisions de produits correspondant à des associations entre produits et marchés, afin de mieux identifier et « *aborder les préoccupations de chaque secteur d'activité face à la complexité de son marché* ».

6. Le chiffre d'affaires, consolidé des entreprises adhérentes du GIMELEC (incluant les filiales à l'étranger), s'élevait à plus de 33 Md€ en 2005, alors que le chiffre d'affaires réalisé en France totalisait 10 Md€ pour la même période.
7. Le chiffre d'affaires total des membres du GIMELEC, réalisé au départ de la France, peut être réparti par produit en huit familles, dont notamment celle du matériel et des équipements destinés à la distribution moyenne tension et basse tension de l'électricité (16 %) et celle du matériel et des systèmes de transport de l'électricité (10 %), sachant que celle de l'appareillage et des équipements de distribution et de commande basse tension représente la plus grande part de ce chiffre d'affaires (21 %).

## **2. LA FABRICATION DES COFFRETS DE BRANCHEMENT INDIVIDUEL BASSE TENSION**

8. Les coffrets de branchement individuel, par opposition à ceux de branchement collectif à destination des immeubles, sont destinés au raccordement électrique des maisons individuelles. En l'espèce, seuls sont visés par la demande d'avis du GIMELEC les coffrets de branchement individuel et les grilles de réseau permettant d'alimenter plusieurs coffrets.
9. Il existe deux gammes de coffrets de branchement individuel, interchangeables sur le marché français, à savoir celle conçue suivant les spécifications HN-62-S-20 (ci-après, S 20) et celle répondant aux spécifications HN-62-S-22 (ci-après, S 22). La nouvelle génération de coffrets visée par la consultation d'EDF se substituera progressivement à ces deux gammes en fonction des nouveaux besoins d'installation, étant précisé que les spécifications fonctionnelles de fabrication des nouveaux coffrets sont identiques à celle des gammes S 20 et S 22. Les nouveaux produits peuvent donc être fabriqués par des entreprises possédant les mêmes compétences techniques.
10. Les coffrets de branchement individuel basse tension constituent le lieu d'interface entre le réseau électrique et l'alimentation de la maison individuelle. Ils sont le point de raccordement de chaque maison individuelle au réseau de distribution d'électricité. Chaque coffret est susceptible de combiner diverses options technologiques et peut notamment être conçu en version monophasée ou triphasée, se voir appliquer plusieurs calibres de courant associés, le cas échéant, aux différentes grilles de réseau.
11. En sus des bornes de raccordement des câbles électriques et des interfaces de ré-alimentation permettant un dépannage éventuel, les coffrets sont destinés à envelopper un certain nombre de fonctions dites "d'intelligence", comme celles de comptage pour établir la facturation des clients (capteur de télé-report de l'index du compteur électronique) et de relevé des consommations de la clientèle du réseau ainsi que de sécurité.
12. Ils regroupent également en leur sein des composantes permettant de diagnostiquer d'éventuelles défaillances et anomalies, ainsi que de contrôler des pertes et de détecter des fraudes. Leur installation est indispensable à la gestion d'un réseau d'électricité, car ils contiennent un dispositif de coupure à partir du domaine public rendu obligatoire par règlement, donnant à l'opérateur le pouvoir de connecter et de déconnecter l'alimentation électrique de l'abonné. La connectique à l'intérieur des coffrets varie en fonction de l'échelle de l'activité ciblée ce qui signifie que celle d'une maison individuelle diffère de celle prévue pour un grand nombre de lotissements.

13. Néanmoins, le coffret de branchement individuel lui-même, indépendamment des fonctionnalités qu'il accueille, est essentiellement constitué d'un boîtier en matière plastique et de bornes de connexion. Sa fabrication combine des techniques de plasturgie à un savoir-faire en connectique.
14. Les grilles de réseau constituent une option qui s'ajoute aux coffrets, objet principal de la consultation organisée par EDF. Elles sont produites en moindre volume. Il s'agit des nœuds de réseau hors sol qui permettent le raccordement de plusieurs coffrets au réseau de distribution électrique. Les grilles comprennent des bornes de raccordement pour les câbles, des accessoires permettant le dépannage de l'alimentation des utilisateurs en cas de défaillance du réseau de distribution par l'opérateur de réseau et une enveloppe protectrice identique à celle des bornes de branchement individuel.

## **C. L'OBJET DE LA DEMANDE D'AVIS**

### **1. LE NOUVEAU CADRE CONTRACTUEL PROPOSE PAR EDF**

#### **a) Les termes et conditions de la consultation**

15. La consultation, lancée par EDF le 11 juin 2004 (ci-après, « *la consultation* ») auprès de ses fournisseurs, visait le développement d'une nouvelle génération de coffrets de branchement individuel basse tension. Le texte de la consultation prévoyait les conditions applicables à cette prestation de services, qu'il est possible de diviser en deux tranches.
16. La première tranche de la consultation, qui devait débuter en octobre 2004 et prendre fin en août 2006, est consacrée à l'étude et au développement d'une nouvelle génération de coffrets. La période de recherche et développement (R&D) se déroule suivant un calendrier en trois phases. En premier lieu, les candidats répondent à la consultation et remettent leurs offres sur la base d'un cahier des charges fonctionnel (été 2004). Un attributaire est ensuite désigné pour assurer le développement du nouveau coffret (octobre 2004 à février 2005). Le prototype du coffret est développé suivant le cahier des charges et les spécifications soumises à l'issue de la période de consultation (mars 2005 à août 2006). L'entreprise attributaire (« *le fournisseur* ») se voit garantir une part de marché d'environ 30% du besoin annuel de coffrets pour la période de 2007- 2012.
17. La seconde tranche de la consultation dédiée à la fourniture des produits issus de la phase de recherche comprend une période de transition durant laquelle le fournisseur retenu à l'issue de la première tranche dispose de 12 mois pour achever la qualification de son produit (septembre 2006 à août 2007). A l'issue de cette étape de qualification, une seconde consultation a lieu sur la base des spécifications techniques retenues à l'issue de la première phase, au terme de laquelle le ou les fournisseurs supplémentaires retenus deviennent attributaires d'un marché de fourniture des coffrets pour une période de 5 ans (de septembre 2007 à août 2012) et pour les 70 % restants approximativement du besoin annuel en coffrets.
18. Avant la consultation, EDF prenait contact avec ses fournisseurs à l'occasion d'une phase unique de fourniture des équipements en leur dictant au préalable les spécifications techniques générales des produits à fabriquer.

## **b) Les différents aspects de la demande d'avis du GIMELEC**

### ***Sur la propriété intellectuelle***

19. L'article 3.3.3.1 de la consultation stipule que « *le fournisseur prend à sa charge l'intégralité des frais afférents à la qualification des produits jusqu'à l'obtention de leur agrément [sachant que ces frais comprennent ceux] d'étude et de développement réalisés en interne, la réalisation des essais jusqu'à l'obtention du (des) certificat(s) de conformité émis par un organisme de certification accrédité (...) y compris les frais d'établissement du certificat, la fourniture des prototypes et des préséries.* »
20. Par ailleurs, l'article 21.2.3 du cahier des clauses administratives générales applicables aux prestations intellectuelles (CCAG-PI) stipule que EDF « *acquiert au titre du marché l'intégralité des droits de propriété sur les résultats. A ce titre, elle devient notamment cessionnaire de la totalité des droits patrimoniaux cessibles relatifs aux résultats relevant de la propriété littéraire et artistique et a donc le droit exclusif d'effectuer à son seul nom et à ses seuls frais toute démarche de protection et toute formalité obligatoire, et notamment le dépôt légal pour ceux qui peuvent relever de ce type de démarche. Elle devient également cessionnaire de la totalité des droits sur les résultats relevant de la propriété industrielle et a donc le droit exclusif de déposer à son seul nom et à ses seuls frais toute demande de titre.* »
21. Il est, en outre, précisé à l'article 3.7.2 de la consultation que les termes de l'article 21 CCAG-PI « *restent en vigueur pour une période égale à la durée de vie du dernier des brevets ou modèles pris en application du marché ou à défaut, pendant 20 ans après la réception des prestations objet du marché, même en cas de résiliation du marché.* »
22. Le GIMELEC demande au Conseil de la concurrence d'évaluer, au regard du droit de la concurrence, l'ensemble des stipulations de la consultation qui précèdent, et plus spécifiquement, celles prévoyant l'acquisition exclusive par EDF des droits de propriété intellectuelle sur l'activité de recherche et développement du fournisseur, la durée de ce transfert et les effets de la résiliation du contrat sur les obligations respectives des parties.

### ***Sur l'exploitation des résultats***

23. Selon les termes de l'article 3.7.2.1 de la consultation, le *fournisseur* qui souhaite utiliser tout ou partie des résultats pour d'autres clients se voit concéder une licence d'exploitation à cette fin, dans les conditions suivantes :
  - « *Le fournisseur s'engage à verser à l'acheteur [c'est-à-dire EDF au sens de la consultation] un pourcentage de son chiffre d'affaires réalisé, en dehors des ventes à l'acheteur, à partir des résultats ;*
  - *ce pourcentage sera négocié lors de l'établissement de la licence, en tout état de cause, le taux doit être compris entre 1 % et 5 % du prix de vente hors taxe, départ usine, des matériels facturés utilisant les résultats ;*
  - *la licence est concédée pendant toute la durée du marché et pour l'ensemble des zones géographiques où s'applique la protection ;*
  - *la licence est non exclusive, personnelle, incessible et intransmissible ;*
  - *le fournisseur ne peut pas accorder de sous-licence, toutefois la licence précisera les conditions d'utilisation de la licence par les fournisseurs ou ses sous-traitants ;*
  - *à la fin du marché, les modalités de reconduction de la licence sont à convenir entre l'acheteur et le fournisseur ;*
  - *en cas de résiliation du contrat, la licence d'exploitation prend fin.* »

24. Toutefois, l'article 21.2.4.3 du CCAG-PI stipule : « *dans le cas où le titulaire [le fournisseur au sens de la consultation] désirerait exploiter tout ou partie des résultats pour ses besoins ou pour d'autres clients que l'entreprise [EDF au sens de la consultation] ou de les faire exploiter par ses fournisseurs ou sous-traitants, hors l'exécution du marché, l'entreprise peut lui concéder une licence, selon des modalités et moyennant une redevance à convenir, étant entendu que l'entreprise a toute liberté de refuser de concéder cette licence, [et que] les droits d'exploitation de l'entreprise tels que prévus au 21.2.4 cas n° 3 restent inchangés, hormis leur caractère d'exclusivité.* »
25. Le GIMELEC s'interroge sur la conformité au droit de la concurrence des conditions d'obtention d'une licence par le fournisseur ou par ses concurrents exposées ci-dessus.

#### ***Sur l'exploitation des connaissances antérieures***

26. La saisissante sollicite également l'avis du Conseil sur la validité, au regard du droit de la concurrence, d'un dispositif de gestion des droits antérieurs du *fournisseur* rédigé dans les termes exposés ci-dessous.
27. L'article 21.1.1 du CCAG-PI prévoit que « *chaque partie reste propriétaire ou titulaire des droits de propriété intellectuelle de toute nature (brevet, marque, propriété littéraire et artistique) des savoir-faire et des connaissances qu'elle possède au moment de la signature du marché ou sur lequel elle détient une licence d'exploitation, l'ensemble étant ci-après désigné par "connaissances antérieures".* »
28. Il est précisé à l'article 21.1.2 b) du CCAG-PI que le *titulaire* a l'obligation de n'utiliser pour l'exécution du marché que des connaissances antérieures dont il a la pleine propriété ou la libre exploitation, avec le droit de transfert à un tiers et dont il doit avoir informé *l'entreprise* préalablement à la signature du marché. L'article 21.1.3 spécifie, en outre, que le *titulaire* souhaitant faire usage desdites connaissances antérieures « *en cours de marché* » avertit au préalable EDF, cette dernière disposant alors de 21 jours après notification pour donner son accord, son silence valant refus.
29. L'article 21.1.4 du CCAG-PI stipule au surplus, dans le cas où le *titulaire* emploierait de telles connaissances antérieures, qu'il doit concéder à *l'entreprise* une licence d'exploitation des droits en question, sans frais additionnel, au prix du marché « *pour permettre à l'entreprise de jouir pleinement des droits dont elle dispose sur les résultats.* »

#### ***Sur les effets des stipulations sur le marché de la fourniture d'électricité***

30. La saisissante estime enfin que les nouveaux opérateurs susceptibles d'intervenir sur le marché de la fourniture de l'électricité lors de l'ouverture totale de ce marché prévue en juillet 2007 souhaiteront intervenir auprès de leurs clients (consommateurs particuliers) ce qui les rendra utilisateurs de certaines des fonctions incorporées dans les coffrets, notamment le télé-relevage du compteur de l'abonné. Le GIMELEC questionne le Conseil sur les conditions d'accès aux *résultats* couverts par la propriété intellectuelle de EDF, accès qui pourrait être rendu nécessaire à l'ouverture à la concurrence. Il sollicite, donc, l'avis du Conseil sur la conformité du nouveau cadre contractuel élaboré par EDF au cadre réglementaire qui organise cette ouverture à la concurrence.

## **II. Analyse concurrentielle**

### **A. SUR LES MARCHES PERTINENTS**

31. Il n'est pas possible, dans le cadre d'un avis non juridictionnel, c'est-à-dire hors de toute procédure contradictoire, de déterminer avec précision les limites du, ou des marchés pertinents que retiendrait le Conseil de la concurrence dans l'hypothèse où il serait saisi à titre contentieux. Le présent avis se limitera, donc, à formuler quelques observations à partir des éléments d'information versés au dossier.

#### **1. SUR L'INSTALLATION ET LE RACCORDEMENT DES COFFRETS**

32. A l'heure actuelle, EDF est le principal acheteur des produits. L'entreprise a déclaré se porter acquéreur de 60 à 65 % des coffrets de branchement individuel. Le GIMELEC a précisé que EDF s'est porté acquéreur de 61,4 % des coffrets S 20 et S 22 produits par ses membres entre octobre 2003 et septembre 2004. Cette situation résulte de la prise en charge par EDF au travers de ses structures locales, d'environ 95 % de la gestion du réseau de distribution national concédé par les communes. Les distributeurs non nationalisés (DNN) gèrent pour leur part les 5 % restants des réseaux électriques de distribution en France et se portent également acquéreurs des coffrets dans le cadre de leur activité. Enfin, les installateurs privés se portent également acquéreurs de coffrets pour l'équipement à neuf, notamment, de lotissements et la réparation.
33. Ainsi, le Conseil observe que l'installation, le raccordement et la maintenance de ces équipements n'appartiendront pas au domaine de compétence des futurs concurrents de EDF sur le marché de la fourniture de l'électricité lors de son ouverture totale à la concurrence prévue en juillet 2007, alors que ledit domaine sera encore réservé aux gestionnaires du réseau national de distribution d'électricité (GRD) et, accessoirement, aux installateurs privés sur le réseau national de distribution.
34. Le Conseil relève, incidemment, qu'il n'est pas exclu que son avis soit sollicité en ce qui concerne plus spécifiquement le dispositif d'accès aux systèmes et données de comptage installé dans les coffrets. Cette problématique a, d'ores et déjà, fait l'objet de recommandations de la part de la Commission de régulation de l'énergie (CRE) dont les conclusions ont été publiées, le 29 janvier 2004, dans une « communication de la Commission de régulation de l'énergie sur le comptage électrique » et un « cahier des charges fonctionnel sur le comptage électrique ». Mais, en l'espèce, la demande ne vise que le coffret, soit l'enveloppe de l'accès à ces fonctions de comptage électrique.
35. Lors de l'instruction, en réponse à un questionnaire élaboré par la rapporteure, quatre des cinq principaux DNN, à savoir Gaz et électricité de Grenoble (GEG), Régie d'électricité de la Vienne (SOREGIES), Syndicat d'électricité des Deux-Sèvres (SIEDS) et Usine d'électricité de Metz (UEM), ont indiqué leur choix de s'approvisionner en matériel agréé par EDF en dépit du fait qu'ils n'en ont pas l'obligation. Ces entreprises considèrent, en effet, que la conformité aux spécifications établies par EDF représente un gage de qualité de nature à garantir la sécurité des biens et des personnes dans le domaine de la distribution d'électricité.
36. Ces mêmes entreprises ont indiqué qu'elles font appel directement aux fabricants pour leur approvisionnement aussi bien en coffrets de branchement qu'en grilles de réseau. Il apparaît également, au regard des éléments d'information recueillis au dossier, que EDF et les DNN s'adressent globalement aux mêmes fabricants, qui font généralement

mention, dans leurs dossiers de candidature, des marchés de fourniture exécutés ou en cours de réalisation pour EDF afin de justifier de leurs références.

37. En principe, EDF et les DNN assurent elles-mêmes ou avec l'aide de sous-traitants, l'installation, le raccordement et la maintenance desdits équipements sur leurs réseaux respectifs. Mais il existe d'autres catégories d'acquéreurs pour les coffrets, notamment les industriels du bâtiment auxquels les grossistes peuvent vendre les coffrets de branchement en bloc et les promoteurs qui sont également susceptibles d'acheter ces produits à des installateurs privés pour la réalisation de réseaux de distribution dans des opérations de lotissement.
38. En général, EDF et les DNN changent sur leur réseau les coffrets cassés ou usés ou lorsqu'une meilleure intégration des équipements à l'environnement doit être assurée, lorsqu'une nouvelle réglementation modifie la nature des appareils nécessaires à la réalisation des branchements ou, enfin, lorsqu'il faut se conformer à l'évolution de la norme applicable aux équipements.

## 2. SUR LA FABRICATION DES COFFRETS

39. En principe, chaque pays de la Communauté européenne établit les normes et spécifications techniques de ce type de produits en fonction des particularités de son propre réseau électrique. En France, EDF joue sur le marché de la fabrication des coffrets de branchement individuel basse tension et d'une majorité d'équipements électriques installés sur le réseau de distribution national, le rôle de prescripteur de spécifications techniques définissant le produit à l'échelle nationale.
40. En effet, les acteurs sur le marché de la distribution d'électricité estiment de manière générale que la position occupée par EDF sur les marchés de la fourniture, du transport, et de la distribution d'électricité lui permet d'imposer une norme de fait. Selon UEM, « *en l'absence de norme française et/ou européenne adaptée pour le matériel entrant dans la composition de ces réseaux d'électricité, la quasi-totalité des équipements proposés sur le marché français fait référence aux spécifications HN d'EDF. (...) Les produits répondant aux spécifications techniques HN sont donc généralement standardisés et parfaitement adaptés aux besoins des gestionnaires de réseaux de distribution d'électricité. Ils bénéficient généralement d'essais réalisés par EDF ou sous son contrôle afin de garantir la qualité des produits proposés et la sûreté des installations.* »
41. EDF a apporté quelques nuances à cet exposé en précisant que « *EDF Gaz de France Distribution n'édicte pas de normes dans le domaine concerné (...). En revanche, EDF peut être dans certains cas, prescripteur de spécifications techniques. Il l'est dans le cadre du marché sous examen. En sa qualité d'acheteur, il est normal que EDF se réfère à celles des normes qu'il estime devoir être appliquées à l'égard des produits et/ou services auxquels il recourt.* ». EDF a également souligné que la directive 93/38/CEE « *[l']oblige à se référer aux normes européennes dans ses spécifications techniques, dès lors que les marchés dépassent certains montants.* »
42. A ce jour, il apparaît raisonnable de considérer que la fabrication des coffrets de branchement individuel basse tension de type S 20 et S 22 est circonscrite au territoire français, car les spécifications techniques de fabrication des équipements varient selon la nationalité du prescripteur. En outre, il n'y a pas en France d'importation de coffrets fabriqués à l'étranger et, du fait de contraintes de fabrication, il n'est pas rentable pour les entreprises étrangères de produire ce type d'équipements localement. De la sorte, sans

excéder ce qui est normal dans le cadre d'une procédure d'avis, le Conseil conclut que la dimension du marché des coffrets est nationale.

## **B. SUR LES NOUVEAUX TERMES CONTRACTUELS ELABORES PAR EDF**

43. La nouveauté des stipulations élaborées par EDF tient principalement aux modifications apportées à la gestion des droits de propriété intellectuelle au terme d'un marché en deux phases : une première phase de recherche et développement rémunérée par le paiement d'une somme forfaitaire versée par EDF en contrepartie de la rétrocession de la propriété sur les *résultats* de la R&D ; une seconde phase prévue pour la fourniture des coffrets selon les spécifications techniques développées durant la première phase de R&D. Auparavant, EDF consultait ses fournisseurs à l'occasion d'un appel d'offres unique pour la fourniture des équipements dont elle donnait les spécifications techniques générales.
44. Cette nouvelle gestion des droits de propriété intellectuelle conduit EDF à acquérir les fruits de la R&D développée par le *fournisseur* contre le paiement d'un prix forfaitaire, mais à supporter complètement le risque inhérent à toute R&D : le procédé apparaîtra avantageux pour EDF s'il lui permet d'acquérir beaucoup d'innovations commercialement intéressantes, désavantageux dans le cas inverse.
45. EDF a exposé les raisons du changement de cadre contractuel régissant ses relations avec les fournisseurs membres du GIMELEC en ces termes : « *sur les questions de propriété intellectuelle, EDF a entendu faire en sorte de recourir à la formule la plus économique possible, dans la droite ligne des objectifs qu'[elle] s'était fixés en effectuant [une analyse de valeur]. EDF n'a normalement pas vocation à financer la R & D de ses fournisseurs, et entendait uniquement en l'espèce que lui soient fournis des coffrets basse tension conformes à ses spécifications techniques. Or, un marché garantissant aux candidats qu'ils disposeront de droits de PI exploitables les conduit naturellement à privilégier l'élaboration de solutions complexes et brevetables, et finalement bien plus onéreuses, même si les besoins d'EDF ne les imposent pas.* » Ainsi, ce mécanisme permet-il à EDF de réduire les coûts de développement puis de production des équipements commandés.
46. Dans son rapport annuel pour l'année 2004, le Conseil de la concurrence a présenté une étude intitulée "*Les droits de la propriété intellectuelle et la concurrence*", dans laquelle il a rappelé, conformément à une jurisprudence constante en la matière, que la détention de propriété intellectuelle par une entreprise en position dominante ne constitue pas en soi un abus au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce. De même, a-t-il été observé que « *le droit de la concurrence ne porte pas atteinte, en principe, aux droits reconnus au titre de la propriété intellectuelle, parmi lesquels figure, au premier chef, la liberté reconnue au détenteur du droit d'accorder ou de refuser d'accorder, discrétionnairement des licences ainsi que de fixer, également de manière discrétionnaire, le montant de redevances* », (avis SIRENE n° 01-A-18 du 28 décembre 2001).
47. Cependant, le droit de la concurrence est parfois amené à sanctionner l'exercice non conforme à l'"*objet spécifique*" ou à la "*fonction essentielle*" de la propriété intellectuelle et considéré de ce fait comme abusif, tel que celui consistant pour une entreprise en position dominante à faire usage d'un effet de levier conféré par ses droits de propriété intellectuelle dans le but d'étendre sa dominance à un ou plusieurs marchés connexes au détriment de ses concurrents sur les dits marchés.
48. Dans le cas d'espèce, il apparaît tout d'abord que les termes de la *consultation* prévoyant que EDF se voit céder les droits de propriété intellectuelle développés par le *fournisseur*

au terme d'une activité de recherche et développement portant sur une nouvelle génération de coffrets, s'inscrivent dans une relation normale entre donneur d'ordre et sous-traitant en matière de R&D. Or, selon certains auteurs<sup>1</sup> « *un tiers des entreprises françaises ayant une activité de R&D ont au moins une relation de coopération ou de sous-traitance en R&D permettant d'accéder aux compétences et aux moyens techniques nécessaires à la création de nouveaux produits ou procédés.* » Dès lors, il convient de relever que même s'il a été constaté, en pratique, que cette catégorie de relations contractuelles est, dans la plupart des cas, plus favorable au donneur d'ordre qu'au sous-traitant car l'asymétrie des pouvoirs de négociation en faveur du donneur d'ordre est une caractéristique généralement attribuée aux relations de sous-traitance, elle ne présente pas *per se* un caractère anticoncurrentiel.

49. Le Conseil observe, par ailleurs, que le *fournisseur* n'investit pas dans les activités de recherche et développement au titre de la consultation. En effet, l'article 3.3.2 établit la rémunération des prestations sous la forme d'un prix global et forfaitaire versé par l'acheteur (EDF) au *fournisseur* « *en cas de bonne fin (obtention de l'agrément pour chacun des produits retenus au contrat.)* ». Le montant forfaitaire, ainsi négocié entre le *fournisseur* et EDF, comprend l'investissement en R&D aux fins de l'exécution du marché. Cet investissement est donc de fait financé par le donneur d'ordre.
50. La faculté d'opérer une telle transmission de droits est prévue aux articles L. 613-8 et suivants du code de la propriété intellectuelle. Cette cession ou rétrocession s'analyse en droit comme une vente. A cet égard, le Conseil rappelle que des pratiques mises en œuvre par une ou plusieurs entreprises ne relèvent de son examen que si elles se rattachent à une action concertée de caractère anticoncurrentiel ou à l'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique. Il ne lui appartient donc pas, en principe, de se prononcer sur la validité des clauses d'un contrat en raison de l'éventuel déséquilibre entre les obligations des contractants, dès lors que ce déséquilibre est sans incidence sur la concurrence. Cette compétence relève, en effet, du juge du contrat.
51. Il ressort, par ailleurs, des éléments recueillis au dossier que EDF a prévu à l'article 3.7.2.1 de la *consultation*, la possibilité d'accorder une licence au *fournisseur* aux fins de l'exploitation des *résultats* pour des tiers.
52. En ce qui concerne le versement d'un taux de redevance fixé de « *1 à 5 % du prix de vente hors taxe, départ usine, des matériels facturés utilisant les résultats* », le caractère raisonnable d'un tel montant ne peut pas être apprécié en soi dans le cadre d'une demande d'avis et indépendamment des coûts exposés pour réaliser les prestations en cause. En tout cas, l'élaboration par l'investisseur dans la R&D au titre d'un contrat de sous-traitance d'un dispositif lui permettant de récupérer une partie de son investissement lorsqu'il concède à son sous-traitant une licence sur les résultats n'apparaît pas illégitime d'un point de vue économique.
53. En ce qui concerne l'octroi éventuel de licences à d'autres fournisseurs, concurrents du *fournisseur* au sens de la *consultation*, le Conseil prend acte du fait qu'EDF a déclaré au cours de l'instruction que « *la consultation de 2004 se limitait exclusivement au premier marché d'étude et de développement des fournitures. Les conditions de la consultation du second marché (2006) et donc les relations avec les autres fournisseurs n'ont jamais été*

---

<sup>1</sup> E. Dhont-Peltraul et E. Pfister, « L'externalisation de la R&D : quel arbitrage entre sous-traitance et coopération ? », ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche [www.education.gouv.fr/stateval](http://www.education.gouv.fr/stateval), mars 2006.

*évoquées. Néanmoins, [l'entreprise] a prévu les mêmes clauses dans cette nouvelle consultation qui est en cours d'élaboration. Un concurrent du fournisseur sélectionné en phase 2 devra verser à EDF une redevance dans les conditions équivalentes, et EDF en tant que titulaire de droit de PI sur les coffrets à fabriquer accordera des licences à tout demandeur dans des conditions équivalentes. »*

54. Enfin, le Conseil relève que le dispositif contractuel permettant à EDF d'obtenir l'octroi d'une licence sur les connaissances antérieures essentielles à l'exploitation des *résultats* au titre de la consultation procède d'une pratique commerciale courante en matière de sous-traitance et de collaboration aux fins d'activités de R&D, permettant d'éliminer les obstacles à l'exploitation des fruits de telles activités. Il s'agit également, dans un contexte économique favorable à l'innovation, d'un moyen de diffuser *a priori* le savoir pour stimuler les avancées technologiques et de ce fait, la concurrence.
55. Il apparaît en outre que l'évaluation préalable obligatoire de ces connaissances, prévue à l'article 21.1.3 CCAG-PI, constitue de prime abord un mécanisme efficace permettant au *fournisseur* de valoriser son apport en connaissances antérieures afin d'être en mesure de négocier le montant forfaitaire valorisant son apport propre pour les fins de la *consultation*.

## CONCLUSION

56. L'analyse concurrentielle des clauses de la consultation soumise à l'avis du Conseil a montré que le nouveau cadre, élaboré par EDF pour régir ses relations avec ses fournisseurs, s'inspire de pratiques commerciales courantes en matière de sous-traitance d'activités de recherche et développement et ne présente donc pas, en lui-même, un caractère anticoncurrentiel.
57. Le Conseil rappelle, en tout état de cause, que l'équilibre d'une telle relation contractuelle, fût-elle initiée par un donneur d'ordre dominant sur le marché aval, ne relève pas en principe du droit de la concurrence, dont l'objectif est de « *préserver la concurrence sur le marché* » et non, ainsi qu'il a précédemment été observé, d'assurer l'équilibre contractuel des relations entre les opérateurs sur un marché.
58. Le présent avis ne préjuge toutefois pas de l'appréciation que le Conseil de la concurrence pourrait porter à l'avenir sur la définition des marchés, ni de l'éventuelle qualification de certaines pratiques sur le fondement du titre IV du code de commerce.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Mauléon-Wells, par M. Nasse, vice-président, Mme Pinot et MM. Bidaud, Charrière-Bournazel, Combe, membres.

Le rapporteur général,  
Thierry Dahan

Le vice-président,  
Philippe Nasse