

Non classifié

DAF/COMP/M(2014)3/ANN2/FINAL

Organisation de Coopération et de Développement Économiques
Organisation for Economic Co-operation and Development

28-Jul-2016

Français - Or. Anglais

DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE

ANNEXE AU COMPTE RENDU SUCCINCT DE LA 122^e RÉUNION DU COMITÉ DE LA
CONCURRENCE TENUE LES 17 ET 18 DÉCEMBRE 2014

-- Compte rendu de la discussion sur la propriété intellectuelle et le processus de normalisation --

Ce document préparé par le Secrétariat est un compte rendu détaillé des travaux du Comité de la concurrence de l'OCDE à l'occasion de sa 122^e réunion qui s'est tenue les 17 et 18 décembre 2014.

On trouvera des éléments complémentaires sur ces questions à la page www.oecd.org/daf/competition-intellectual-property-standard-setting.htm.

JT03399555

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

DAF/COMP/M(2014)3/ANN2/FINAL
Non classifié

Français - Or. Anglais

COMPTE RENDU DE LA DISCUSSION

Par le Secrétariat *

1. Introduction du Président

Le Président, M. Jenny, ouvre la réunion en rappelant que ce n'est pas la première fois que le Comité se penche sur la question de la propriété intellectuelle et du processus de normalisation : en 2010, une table ronde avait été organisée en 2010 sur le processus de normalisation dans différents secteurs¹. Il avait été convenu alors que la normalisation avait plusieurs types d'effets pro-concurrentiels, mais qu'elle pouvait aussi entraîner plusieurs types de risques : risques de collusion entre acteurs de la normalisation, d'exclusion, de tromperie et de dissimulation de brevets. Le Président explique que la réunion d'aujourd'hui diffère de celle de 2010 à deux égards. D'abord, il s'agira d'une audition plutôt que d'une table ronde, et ensuite elle sera focalisée sur le secteur des technologies de l'information et de la communication, dans lequel de nouveaux problèmes de politique de la concurrence ont surgi ces dernières années. Les normes sont un sujet clé dans le secteur des TIC à cause de l'importance de l'interopérabilité et de la mise en réseau. Il peut exister une tension entre, d'une part les droits de propriété intellectuelle des titulaires de brevets essentiels à une norme, et de l'autre la nécessité d'avoir des normes ouvertes et accessibles à un grand nombre d'entreprises. Les organismes de normalisation ont été conduits à demander aux participants à révéler qu'ils détiennent des brevets essentiels à une norme à un stade précoce, et à s'engager volontairement à octroyer des licences sur ces brevets sur une base « équitable, raisonnable et non discriminatoire » (ou FRAND selon l'acronyme anglais, pour « fair, reasonable and non-discriminatory »). Cela pose plusieurs types de questions : qu'entend-t-on par FRAND ; comment on peut s'assurer que les participants sont de bonne foi - par exemple, les titulaires de brevets doivent-ils pouvoir introduire des recours en injonction pour empêcher les entreprises récalcitrantes d'exploiter leurs brevets ; qui est compétent pour ce type de problème : les tribunaux ou les autorités de concurrence ?

Le Président présente les cinq experts qui forment le panel et participeront à la réflexion : Giovanni Napolitano de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle ; Antoine Dore de l'Union internationale des télécommunications ; Anne Layne-Farrar de Charles River Associates ; Maurits Dolmans, Associé au sein du cabinet d'avocats Cleary Gottlieb Steen and Hamilton, et Theon van Dijk de l'Office européen des brevets.

Le Président annonce que l'audition s'articulera en quatre parties : une première partie sur les brevets essentiels à une norme (BEN), la manière dont ils sont mis en pratique, les cas dans lesquels ils peuvent entraîner une situation de hold-up, etc. ; ensuite, nous verrons ce que l'on entend par les conditions FRAND, et comment les autorités de concurrence et les tribunaux les traitent ; troisièmement, nous verrons si les titulaires de brevets BEN qui se sont engagés à accorder conditions FRAND peuvent légitimement menacer les titulaires potentiels de licences d'ordonnances pendant les négociations – tous les pays ne sont pas du même avis sur cette question ; quatrièmement, nous verrons si les autorités de concurrence, les offices de brevets et les organismes de normalisation peuvent travailler ensemble sur ces questions, et si oui, dans quels domaines.

Le Président invite alors les auteurs du document de référence du Secrétariat à présenter leur travail.

* On trouvera en annexe une liste des abréviations utilisées dans ce document.

¹ OCDE (2010), Policy roundtable on Standard Setting, [DAF/COMP\(2010\)33](http://www.oecd.org/daf/competition/47381304.pdf). Voir : <http://www.oecd.org/daf/competition/47381304.pdf>

1.1 *Présentation du document de référence du Secrétariat*

Le **Secrétariat** explique que l'objet du document de référence était de dresser un panorama des thèmes afin de servir de point de départ au débat, avant la présentation de documents plus poussés par une partie des participants. Le document du Secrétariat décrit le processus de l'innovation et de l'élaboration des normes dans le secteur des TIC, soulignant leur caractère cumulatif et complémentaire et l'importance de l'interopérabilité. Les titulaires de brevets sont donc tenus de collaborer entre eux, mais ils peuvent aussi se retrouver en concurrence à d'autres niveaux de la chaîne. La complémentarité des innovations tient au fait qu'un produit de TIC s'appuie souvent sur un grand nombre de brevets, d'où des concessions croisées de brevets et des relations de coopération entre titulaires de brevets et titulaires de licences. Mais cela crée le risque d'empilements de redevances. Les innovations peuvent aussi exploiter des innovations antérieures dans un processus de cumul, ce qui est source d'externalités, mais dans ce cas il peut être difficile d'offrir une juste rétribution aux différents innovateurs.

Le problème pour les innovateurs est de savoir s'ils ont intérêt à unir leurs forces pour élaborer des normes, par exemple au sein d'un organisme de normalisation. Pour cela, il faut que des ingénieurs consacrent de nombreuses heures à des réunions techniques pour définir les normes. En pratique, une proportion relativement faible des entreprises susceptibles d'être concernées y participe activement. Lorsqu'elles le font, on peut imaginer que leur démarche est motivée par des raisons stratégiques, pour faire en sorte que « leurs » brevets soient définis comme étant essentiels. Les questions de droit de propriété intellectuelle (DPI) qui se posent avec les BEN sont les risques de brevets extorsionnaires (« hold up ») ou de brevets en embuscade, et elles sont prises en charge par les organisations de normalisation, au moyen de la déclaration d'essentialité et des engagements de licence FRAND.

2. Brevets essentiels à une norme et droit de propriété intellectuelle : présentations des membres du panel

Le Président invite M. Giovanni Napolitano, de la Division Politique de la propriété intellectuelle et concurrence de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) à intervenir sur les tensions entre droits de propriété intellectuelle et normes en général.

2.1 *Le point de vue de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)*

M. Napolitano explique que la première question qui se pose est celle de la relation entre propriété intellectuelle et normes et de ses implications pour la politique de la concurrence et son application. L'OMPI défend la créativité et l'innovation en gérant des instruments juridiques internationaux qui protègent la propriété intellectuelle. Elle considère les DPI comme l'un des principaux outils propres à préserver la différenciation des produits et des services, comme le font les marchés compétitifs que les autorités de concurrence s'efforcent de protéger. Mais le choix des normes peut restreindre certains actifs intellectuels et, comme le note le document de référence du Secrétariat, le processus est parfois mené par un petit nombre d'entreprises qui ne sont pas nécessairement sélectionnées par le jeu concurrentiel. Toutefois, l'OMPI estime que la normalisation est essentielle pour qu'il continue à y avoir de l'innovation et pour entretenir la concurrence dans l'aval. Il doit exister un triple équilibre entre encourager la créativité, donc protéger la PI ; définir des normes pour le bien des consommateurs et de l'économie ; et protéger la concurrence sur les marchés à tous les niveaux de la chaîne. Depuis plusieurs années, l'OMPI organise d'ailleurs des activités et des programmes mettant en présence la communauté de la PI et la communauté de la concurrence afin de parler des problèmes et de rechercher des solutions ensemble.

La deuxième question concerne la dichotomie entre normes (obligatoires) et standards (volontaires) et les problèmes d'application du droit de la concurrence qui en découlent. Les brevets essentiels à une norme doivent être cédés sous licence à des conditions raisonnables ; en revanche, il est toujours possible, en

théorie, d'inventer autour d'un standard (volontaire) et de créer un standard concurrent. Est-ce à dire qu'il ne peut pas y avoir abus de puissance de marché ou de position dominante, et donc que les autorités de concurrence ne peuvent pas intervenir en cas de plainte en contrefaçon d'un brevet essentiel à un standard (volontaire) ?

La troisième question concerne ce que l'on entend par conditions FRAND. Le document de référence du Secrétariat note qu'il existe une ambiguïté ici et, bien que les tribunaux et les universitaires aient réfléchi à cette question, elle n'est pas encore tranchée. Si les organisations multilatérales représentées autour de cette table et à d'autres instances en discutaient ensemble, pourraient-elles parvenir à un résultat qui aille au-delà de ce qu'ont déterminé les tribunaux et les gouvernements nationaux ?

Le Président invite ensuite M. Antoine Dore, Directeur juridique de l'Union internationale des télécommunications (UIT) à présenter concrètement le processus de normalisation dans le secteur des TIC et à indiquer s'il y a lieu de l'amender ou s'il fonctionne bien, et si dans ce dernier cas, si certains points réclameraient tout de même d'être examinés de près.

2.2 *Le point de vue de l'Union internationale des télécommunications (UIT)*

M. Dore rappelle que l'UIT est une organisation intergouvernementale qui compte 193 États-membres et plus de 700 membres du secteur privé. Elle publie des normes depuis 150 ans. Son exposé s'organise autour de quatre piliers. Premièrement, pourquoi des responsables d'instances politiques publiques se mêlent-ils de définir les standards dans le secteur des TIC, et cela doit-il changer ? Deuxièmement, comment se déroule le processus de normalisation lui-même, et à quelles règles il obéit. Troisièmement, quelle est la politique de l'UIT en matière de brevets. Quatrièmement, quels problèmes se posent lorsque le système des brevets entre en conflit avec le système des normes.

S'agissant du premier pilier, si les responsables des politiques publiques s'intéressent à la standardisation dans le secteur des TIC, c'est qu'elle joue un rôle crucial dans la relation entre les entreprises et entre les individus. Les normes TIC améliorent l'interopérabilité, contribuant ainsi à la croissance économique. Les télécommunications représentent un marché de 1 800 milliards USD. Se référant à sa présentation², M. Dore note que l'on compte aujourd'hui 7.1 milliards d'abonnés au téléphone mobile et qu'à peu près la moitié de la population mondiale possède un téléphone mobile. Le marché des télécommunications mobiles est concurrentiel et dynamique. M. Dore ajoute qu'à l'avenir ce ne seront pas 4 milliards de personnes qui seront connectées, mais 28 milliards d'objets : l'Internet des objets, qui nécessitera des normes et standards forts pour fonctionner, fera communiquer entre eux des objets TIC dans les voitures et dans les habitations.

M. Dore souligne que le simple fait que le système de téléphonie mobile fonctionne bien et continue son expansion montre que le système de normalisation n'est pas « défaillant ». Toutefois, un certain nombre de litiges récurrents autour des DPI continuent de poser problème. Les objets TIC sont complexes : on estime par exemple qu'un constructeur aurait besoin de mettre en œuvre au moins 250 normes ou standards pour fabriquer un ordinateur portable, et probablement autant pour un téléphone mobile. Ces normes de téléphone mobile émanent d'un grand nombre d'organismes différents : l'UIT pour les codecs voix et vidéo, l'IEEE pour le wifi, l'ETSI/3GPP pour les communications entre les téléphones mobiles et le réseau RPC et l'IETF pour les protocoles Internet tels que TCP/IP et HTTP n'en constituent que quelques exemples.

Il existe trois grandes catégories d'organes de normalisation : premièrement les sociétés qui produisent des spécifications protégées, les organisations qui créent des normes officielles, SSO ou SDO,

² Consultable à : [DAF/COMP/WD\(2014\)82](#)

qui sont reconnues par les gouvernements. L'UIT fait partie de cette catégorie, de même que l'ISO et l'IEC, qui constituent la World Standards Collaboration, or WSC. La troisième catégorie se compose de plus de 800 structures, généralement plus petites et travaillant sur un domaine plus limité. Outre la première catégorie, la plupart des organisations produisent des normes ouvertes destinées à être mises en œuvre par tous. Certaines, mais pas toutes, acceptent que les brevets soient incorporés dans leurs normes, le plus souvent en échange d'un engagement FRAND. Les principaux organismes de normalisation sont favorables à l'ouverture en ce qui concerne la participation, la transparence et l'accès aux documents. A l'UIT, chaque État membre dispose d'une voix.

La normalisation possède des avantages très appréciables : elle est bonne pour l'innovation et pour l'interopérabilité. Mais elle peut aussi avoir des inconvénients. Par exemple, elle peut favoriser indument les grandes entreprises, en tant que vendeuses ou en tant qu'acheteuses car elles sont mieux placées pour prendre part au processus de normalisation. Il existe aussi un risque pour la concurrence car si, durant la phase de normalisation, il y a concurrence entre les technologies des différentes sociétés, une fois la norme adoptée, la concurrence n'existe plus et les exploitants n'ont d'autre choix que d'utiliser la technologie incorporée à la nouvelle norme. Les exploitants sont ainsi en confrontés à une situation de verrouillage.

Enfin, M. Dore note que toutes les normes TIC ne contiennent pas de brevets ; par exemple, la plupart des normes de l'UIT n'ont pas de BEN. Mais les normes TIC qui contiennent des BEN sont extrêmement importantes. C'est le cas de la 2G, de la 3G et de la 4G, ainsi que de la norme UIT T H.264, qui est utilisée pour la transmission de 80 % de la vidéo sur le web.

Le Président répond qu'il est très important de trouver des solutions pour les problèmes qui existent, mais aussi de décider quels problèmes sont suffisamment importants pour justifier que le Comité passe toute l'après-midi à en discuter. Il invite Anne Layne-Farrar de Charles River Associates à prendre la parole.

2.3 *Le point de vue d'une économiste*³

Anne Layne-Farrar annonce qu'elle va parler du problème de « hold-up » et de celui de l'empilement de redevances, et donner quelques éléments de réflexion sur les hypothèses utilisées pour les théories correspondantes. Pour qu'il puisse y avoir hold-up, il faut qu'il y ait verrouillage : une société qui exploite un brevet au moyen d'investissements spécifiques à cet actif peut se trouver otage des technologies qui ont été utilisées dans la norme. De leur côté, les innovateurs qui contribuent à l'organisme de normalisation peuvent aussi se retrouver en situation de verrouillage si leur technologie n'a de débouchés commerciaux que dans le cadre de cette norme. Pour qu'il y ait effectivement hold-up, il faut une action de la part de l'une des parties une fois que le verrouillage est en place. On peut donc avoir un verrouillage sans nécessairement avoir de hold-up.

L'empilement de redevances est assimilable au hold-up mais à grande échelle. Les exploitants peuvent avoir besoin de différents intrants brevetés par des acteurs différents, chacun demandant un prix. La théorie de l'empilement de redevances part de deux principes : premièrement, les exploitants ont besoin de chaque intrant dans une proportion déterminée : ils ne peuvent pas jouer un fournisseur contre un autre ; deuxièmement, les intrants ont d'autres utilisations dans d'autres produits : les fournisseurs ne sont pas « otages » des exploitants. Cette théorie est née du problème séminal de Cournot, dans lequel les fabricants de laiton ont besoin de cuivre et de zinc dans des proportions fixes, mais il y a d'autres utilisations pour chacun de ces métaux. La théorie de Cournot a été appliquée pour la première fois aux brevets dans les années 1990 dans le secteur des biotechnologies, avec le concept dit du « maquis de brevets » (patent thicket) et a été appliquée depuis à d'autres secteurs d'activité.

³ Voir aussi : [DAF/COMP/WD\(2014\)84](#) et [DAF/COMP/WD\(2014\)132](#)

Les tribunaux et les autorités gouvernementales débattent depuis quelques temps de ces deux notions, qui sont utilisées dans des décisions de justice. Comme le hold-up ne peut se produire qu'une fois une norme établie, le prix de référence devrait le prix être convenu entre les parties pendant le processus d'élaboration de la norme. Cela reste souvent très théorique car en réalité, les modalités de licence sont le plus souvent négociées après coup, mais c'est un point de référence pour les actions devant les autorités gouvernementales et devant les tribunaux. Par exemple dans la plainte de la Commission contre Motorola et Google l'an dernier, l'injonction a été déclarée abusive parce qu'il apparaissait qu'elle donnerait la possibilité au détenteur du BEN de perpétrer un hold-up, d'où un déséquilibre entre les parties.

De même, la possibilité théorique d'empilement de redevances a été retenue par des tribunaux et des agences des États-Unis dans des affaires de détermination des conditions FRAND. Dans deux cas, en l'espèce les affaires Microsoft contre Motorola et Re Innovation, les juges ont jugé que le potentiel d'empilement des redevances devait être pris en compte pour déterminer les conditions FRAND. Si tous les détenteurs de brevets faisaient payer autant que le titulaire du BEN, le total serait trop élevé : il pourrait atteindre des niveaux caractéristiques des situations de hold-up ou d'empilement de redevances. Depuis, d'autres juridictions ont statué que la potentialité ne suffisait pas et que le comportement devait être avéré. D'ailleurs, il suffit de tenter de calculer le niveau approprié du tarif FRAND pour constater la marge d'erreur qui existe. Supposons qu'une norme nécessite cinq brevets BEN, qui ensemble correspondent à 10 unités de valeur d'un produit : l'un représente cinq unités, un autre deux unités, et les trois autres, une unité chacun. Un preneur de licence potentiel conteste que l'attribution de 5 unités au principal brevet BEN soit conforme aux critères FRAND. Partant du principe que la contribution totale vaut 10, et en l'absence d'informations détaillées, le juge décide que chaque brevet représente 2 unités, et considère donc, à tort, qu'en attribuant 5 unités à un seul brevet, on aboutit à un prix constitutif d'un hold-up ou d'un empilement de redevances. Il se peut aussi que le détenteur de l'un des brevets à une unité fasse valoir que le tarif FRAND de son brevet doit être fixé sur la base de deux unités et, en suivant le même raisonnement, ce tarif serait considéré à tort comme FRAND. Cette approche, qui a effectivement été suivie par certains tribunaux, risque d'aboutir à des « faux positifs » ou à des « faux négatifs ». Dans son arrêt sur l'affaire Ericsson D-Link, le juge Davis a écarté ce raisonnement, et a été suivi en cela par le circuit fédéral.

Ces considérations amènent à se demander les brevets bloquants et l'empilement de redevances sont fréquents dans ce secteur. Il est difficile de l'établir car les accords de licence sont le plus souvent confidentiels, et l'on dispose de très peu d'éléments factuels. On est donc réduit à se fonder sur des éléments indirects. Si le holdup et l'empilement de redevances étaient effectivement des problèmes systémiques dans le secteur des TIC, on devrait avoir des prix des produits stables ou en augmentation, peu d'innovation et peu d'entrants sur les marchés. Or, on constate que l'innovation est dynamique, que les prix baissent en termes réels, et que des acteurs comme Apple ou Samsung, qui n'ont participé ni l'un ni l'autre au processus de normalisation dans la téléphonie mobile, se sont taillé la part du lion sur le marché. Il existe par conséquent un hiatus entre la théorie et la réalité des faits. Les hypothèses qui sous-tendent la théorie ne sont généralement pas valides.

D'après Mme Layne-Farrar, les causes de ce hiatus tiennent au processus de normalisation lui-même. Les acteurs du marché participent aux travaux des organisations de normalisation, se coordonnent entre eux et n'ont souvent pas d'autre option sur le marché pour vendre leur technologie. Ils ont intérêt à assurer le succès commercial de la norme et certainement pas à la condamner, ce que ferait un empilement de redevances. De plus, les licences croisées et les pools de brevets rendent plus difficiles les pratiques de holdup et d'empilement de brevets, et les moyens coercitifs permettant de faire respecter un brevet sont coûteux : leur emploi ne peut se justifier si les enjeux financiers sont importants. Bien-sûr, la concession de licences croisées n'est possible que par un arrangement entre entreprises verticalement intégrées ayant des activités dans l'amont et dans l'aval, alors que les pools de brevets supposent une coopération poussée entre des entreprises différentes ayant des motivations différentes. Mais dans l'ensemble, les problèmes de brevets bloquants et d'empilement de redevances sont limités du fait de l'intérêt bien compris des acteurs

concernés. Mme Layne-Farrar conclut qu'il faudrait faire un effort pour améliorer l'évaluation des brevets lors des litiges.

Le Président conclut qu'il y a donc des points qui méritent une discussion plus approfondie, et appelle un représentant de la Federal Trade Commission (FTC) des États-Unis à donner son point de vue.

Le délégué de la FTC (**États-Unis**) souligne l'importance de l'intégrité du processus de normalisation pour l'investissement et l'innovation sur long terme, ainsi que les risques que représentent les brevets bloquants. Pour atténuer ce risque, les organismes de normalisation cherchent à encourager, voire à contraindre les acteurs à révéler qu'ils détiennent des BEN et à prendre des engagements FRAND. La FTC estime que pendant la période où différentes technologies sont en concurrence pour savoir laquelle sera incorporée dans la norme, on ne saurait faire abstraction des implications sur le prix et de l'importance des engagements FRAND. Les autorités de concurrence doivent réfléchir à ces aspects. S'agissant de l'éventuel écart entre théorie et pratique, la plupart des économistes conviennent que si l'existence de BEN n'est pas révélée et qu'il n'existe pas d'engagement FRAND, il existe un important risque que le détenteur de brevet exige une redevance excessive au regard de sa contribution technologique. Les autorités de concurrence doivent donc s'interroger sur la crédibilité des engagements FRAND et veiller à ce que les entreprises s'y tiennent.

Le Président invite Mme Layne-Farrar à répondre à l'objection de la FTC.

Mme Layne-Farrar explique que les organisations de normalisation ont compris très tôt le risque de voir apparaître des brevets bloquants, et donc la nécessité pour les autorités de concurrence d'imposer des engagements FRAND et de surveiller le marché. Il s'agit d'outils importants pour les entreprises et le développement de brevets, qu'ils soient ou non conformes à la norme. Mais il faut qu'il y ait de vraies preuves d'une défaillance pour intervenir ou poser de nouvelles règles ou de nouvelles lois, sachant que la plupart des organisations de normalisation ont déjà des engagements FRAND et d'autres règles en place concernant les DPI. Certes, le risque existe, mais il existe des facteurs atténuants et les parties poursuivent leurs propres enjeux ; lorsque survient un nouveau problème de concurrence, les règles des organisations de normalisation en matière de DPI sont modifiées, après un certain délai. Par exemple, certaines considèrent que l'engagement FRAND est attaché au brevet et non à son titulaire, ce qui signifie qu'il est impossible de s'en affranchir en vendant le brevet à un tiers.

Un délégué de l'**UE** note que dans la décision Motorola, la Commission avait une preuve directe de l'existence d'un brevet bloquant puisqu'Apple ne pouvait pas vendre ses produits en Allemagne. En outre, des demandes d'injonctions ont été déposées sur la base de BEN en Allemagne et en Corée.

M. Dore, donne la perspective d'une organisation de normalisation sur la gravité des problèmes actuels : l'UIT s'est interrogée sur la nécessité d'éléments factuels supplémentaires avant de modifier ses règles, et a conclu qu'il y a peu de chances qu'un consensus voie le jour au sein du secteur sur la nécessité ou non de preuves supplémentaires et que la discussion devait porter sur des propositions de définitions de la notion d'engagements FRAND. Les experts de l'UIT s'efforcent donc en ce moment à parvenir à une définition plus aboutie de la nature des engagements FRAND afin de maintenir l'intégrité du système. Il reviendra sur cette question dans la partie suivante de la réunion.

Dans la salle, un délégué de la **Norvège** demande si la difficulté de l'évaluation des brevets tient au fait que leur valeur peut évoluer dans le temps mais que cela n'est pas toujours évident au départ. Il demande comment on peut attribuer une valeur aux brevets dans ce contexte, et qui doit être habilité à le faire. Mme Layne-Farrar répond que c'est effectivement très difficile, mais que les tribunaux le font depuis de nombreuses années. Les BEN ne diffèrent pas sur le principe, même si les contraintes sont bien-sûr différentes et les processus utilisés ne seraient pas exactement les mêmes ; par exemple, dans le reste du

secteur, les accords passés dans des conditions de pleine concurrence appliquent le même tarif, ou si les familles de brevets appliquent les mêmes conditions, etc. Les techniques d'évaluation sont les mêmes que dans les cas traditionnels de contrefaçon.

3. Engagements FRAND : leur fonctionnement et leur signification

Le Président observe alors qu'il y a un léger glissement de logique dans les propos qui viennent d'être tenus : évaluer les brevets BEN est une tâche très difficile, mais pourtant elle est effectuée à chaque fois : elle est donc possible. Cela ne veut pas dire pour autant que les tribunaux s'en acquittent toujours correctement ; l'évaluation est peut-être même souvent mal faite. Il est donc temps de se pencher sur les engagements FRAND, leur caractère équitable, et donc, sur la valeur implicite des brevets. Il invite M. Dore à expliquer comment les engagements FRAND sont utilisés par les organisations de normalisation pour lutter contre les brevets bloquants et à décrire les différentes significations données à FRAND.

M. Dore indique que la notion de FRAND est l'instrument utilisé par l'UIT pour contrer les abus du système de normalisation et trouver un équilibre entre les droits des détenteurs des brevets et ceux de leurs utilisateurs. La politique commune de l'UIT, de l'ISO et de l'IEC en matière de brevets stipule que les brevets peuvent être intégrés à des normes à condition que leurs titulaires acceptent de concéder des licences dans des conditions raisonnables et non discriminatoires. Cette règle s'appuie sur deux piliers : l'obligation de divulgation et l'engagement à concéder des licences. Les participants doivent divulguer leurs BEN lorsqu'ils participent au processus de normalisation mais n'ont pas l'obligation de procéder à des recherches de brevets, et doivent souscrire un engagement de concession dans lequel ils se déclarent disposés à céder des licences aux conditions FRAND. Ces obligations ne s'appliquent pas aux sociétés qui ne participent pas au processus de normalisation.

M. Dore ajoute que la question se pose de savoir quand la divulgation doit avoir lieu. Idéalement, elle doit être faite le plus tôt possible, afin que les comités techniques aient une vision complète du paysage de propriété intellectuelle. En pratique, cette divulgation peut intervenir tardivement, même après l'adoption de la norme, par exemple si une société ne s'aperçoit pas immédiatement qu'elle détient un BEN. Même dans ce cas, il existe une obligation de divulgation. Il s'agit d'un formulaire qui doit être rempli par le détenteur des droits et entré dans une base de données publique accessible à tous les utilisateurs.

M. Dore réaffirme que le système de normalisation dans le secteur des TIC a bien fonctionné pendant de nombreuses années, mais que depuis deux ou trois ans, l'UIT a constaté qu'il y avait des tensions entre les titulaires de brevets et les constructeurs. L'UIT a donc organisé en 2012 une table ronde à haut niveau consacrée aux brevets, mettant en présence les organisations de normalisation, les autorités de régulation, des industriels, des représentants des pouvoirs publics et des universitaires. Parmi les enseignements de cette réunion, il est apparu que la signification de FRAND n'était plus la même pour toutes les parties, comme il a été dit précédemment. Le groupe DPI a étudié trois points : les mesures conservatoires, le sens de « raisonnable » dans l'expression FRAND, et le caractère non discriminatoire. Depuis lors, douze réunions se sont tenues, dont la plus récente fin novembre 2014, plus de 130 contributions ont été reçues, mais jusqu'à présent, aucun consensus ne se dégage.

Le Président indique qu'il va interroger le délégué des États-Unis, puisqu'il y a eu un certain nombre de cas dans ce pays et qu'il existe une jurisprudence. Les questions sont les suivantes : existe-t-il un moyen de définir un engagement FRAND ; comment évalue-t-on la valeur d'un brevet inclus dans une norme ; et quel est le rôle des autorités de concurrence dans les procédures judiciaires. Aux États-Unis, les autorités de concurrence peuvent-elles plaider et intervenir dans les procédures, et ces autorités ont-elles une contribution à apporter en plus des conclusions des tribunaux ?

Un délégué du **Département de la Justice des États-Unis** indique que les autorités antitrust américaines se montre toujours très circonspectes avant de statuer qu'il y a atteinte au droit de la concurrence avec un BEN aux conditions FRAND et qu'il y a risque de holdup. Il peut être utile de repérer à l'avance les problèmes de concurrence qui risquent de se poser. Pour cela, les autorités antitrust peuvent émettre des avis et suggérer aux organismes de normalisation quand ils pourraient organiser une réunion, et sur quelle base ils peuvent s'accorder sans se heurter à un problème de concurrence. Les autorités américaines peuvent aussi jouer un rôle pour déterminer si le fait qu'un des acteurs ait une possibilité de blocage via une demande d'injonction fausse le rapport de forces, et s'il serait souhaitable de limiter cette possibilité pour que les acteurs concentrent leur attention sur le montant du juste prix FRAND et décident des paiements monétaires en fonction sur cette base.

Un délégué de la **FTC** ajoute que, s'il n'appartient pas aux autorités de concurrence américaines de fixer les prix FRAND, elles peuvent, à travers le prisme de la politique de la concurrence, apporter des perspectives importantes aux réflexions. La grande majorité des affaires sont résolues sans intervention de la puissance publique aux Etats-Unis. La FTC intervient peu dans la fixation des prix mais elle a un important rôle de plaidoyer à jouer. En 2011, elle a publié un rapport traitant notamment du thème des réparations. Celles-ci tendent à être démesurées dans le contentieux des brevets. La FTC estime que lorsqu'il y a réparation, leur montant, tout comme celui des redevances, doit être fonction de l'importance de la contribution technologique et non du potentiel de nuisance d'un éventuel holdup.

En décembre 2014, la Cour d'Appel du Circuit fédéral des Etats-Unis a statué dans une affaire importante. Sa décision ne portait pas sur le montant de la redevance, mais annulait les réparations accordées antérieurement, au motif que les instructions données au jury n'étaient pas justifiées. La Cour a souligné que l'objectif doit être de se rapprocher de la valeur apportée par la technologie brevetée au produit lui-même, indépendamment de la valeur associée à la normalisation. La Cour n'a pas expliqué en détail comment procéder, mais a cité d'autres décisions de tribunaux basées sur des cadres de négociation hypothétiques. Selon la FTC, pour déterminer la valeur de la contribution d'un brevet, il faut regarder s'il existe des options concurrentes ou si, avant l'adoption de la norme il existait des substituts proches.

Répondant à l'observation du Président selon laquelle de bonnes recommandations peuvent être faites si les prix sont injustifiés, mais que la méthode de détermination du juste prix est compliquée et n'est pas encore clairement définie, le délégué de la FTC convient que la méthode est complexe, mais que les tribunaux travaillent dans la bonne direction.

Le Président dit qu'à ce stade du débat, il serait intéressant d'entendre l'UE, car le concept de prix excessif ou injustifié existe dans le droit de la concurrence européen, et que l'UE essaie de donner des orientations sur les accords de coopération horizontaux. L'UE indique que le montant de la redevance doit être raisonnablement en rapport avec la valeur économique du DPI. Cela est-il utile ?

Un délégué de l'**UE** indique qu'aucune juridiction nationale n'a encore pris de décision sur cette question. Dans l'affaire qui opposait Motorola à Apple, un tribunal allemand devait, pour la première fois, fixer le montant des redevances FRAND, mais les parties ont conclu un accord extrajudiciaire. Au sein des tribunaux européens, les avis divergent quant à la caractérisation des droits FRAND *per se*. Aux Etats-Unis, les conditions FRAND créent des droits contractuels pour les tiers, mais ce n'est pas le cas en Allemagne ; aux Pays-Bas, il existe une obligation précontractuelle, rien de plus, et on ne voit pas clairement quelle loi devrait s'appliquer. Par exemple, les normes rédigées par l'ETSI doivent-elles être régies par le droit français puisque l'ETSI se trouve en France ? Pour l'Allemagne, c'est le droit allemand qui devrait s'appliquer.

Le délégué de l'UE ajoute que les litiges concernant les conditions FRAND ne portent pas toujours sur le montant des redevances : il arrive souvent que l'injonction – dont il sera question plus tard – soit en

cause. Il doit exister une relation raisonnable entre le montant FRAND et la valeur du DPI, mais comment définir cette relation ? Il existe deux ou trois méthodes que les tribunaux américains ont parfois utilisées, mais elles sont très détaillées et les méthodes fondées sur les coûts sont souvent inutilisables car il est difficile de faire correspondre des coûts avec un brevet ou une partie du portefeuille de brevets d'un acteur. Il pourrait être avisé d'utiliser le montant théorique des redevances ex ante, mais comme le note M. Dore, il est fréquent que les brevets ne soient déclarés que très tard dans le processus, et de ce fait il n'existe pas de référence qui serve de point de comparaison. Autre option envisageable, le recours à un expert indépendant qui va déterminer dans quelle mesure le portefeuille en question occupe une place centrale dans la norme, et tiendra compte du montant des redevances payées pour le même DPI dans d'autres normes. Mais il faut qu'il existe une concurrence entre normes, ce qui n'est souvent pas le cas.

Dans l'affaire Microsoft, la société a été contrainte de céder des licences aux conditions FRAND : il ne s'agit donc pas d'un véritable engagement FRAND volontaire. Le tribunal a indiqué qu'il n'appartenait pas à la Commission de fixer un montant précis, et la Commission elle-même convient qu'elle ne doit pas jouer le rôle de régulateur FRAND. Il existe bien-sûr, comme outil, le concept de « prix excessif », mais il se limite à qualifier un prix d'excessif, il ne permet pas de fixer ce prix. Les lignes directrices indiquent clairement que les parties doivent être libres de régler leurs litiges devant les tribunaux ou, mieux encore, dans le cadre de négociations privées.

Le Président se tourne vers l'Inde, pays dont l'autorité de la concurrence est intervenue dans des litiges autour des conditions FRAND.

Le délégué de l'autorité de concurrence de l'**Inde** commence par rappeler que son autorité n'existe que depuis cinq ans. En Inde, poursuit-il, le droit de la concurrence et son interface avec le droit de la propriété intellectuelle sont comparables à ce que l'on trouve dans beaucoup d'autres pays, à savoir que la loi exonère les titulaires de DPI de l'obligation d'accorder les conditions nécessaires et raisonnables, afin de protéger leurs droits. Mais il faudrait davantage d'équilibre et de mécanismes de consultation entre les régulateurs du DPI et les autorités de concurrence, comme l'illustrent deux exemples récents. Il n'existe pas encore de jurisprudence en matière d'abus de droit, mais il y a eu deux affaires. La première concernait des redevances discriminatoires et excessives sur des brevets liés à la technologie GSM. Ces redevances étaient imposées sur le produit et non sur le brevet lui-même, et le titulaire imposait des clauses de non-divulgaration à tous ses clients actuels et futurs. Une deuxième plainte visait la même société pour des faits similaires. Les deux ont été regroupées, et la commission a prié le Directeur général de lancer une investigation et de lui remettre ses conclusions.

Toutefois, il y a eu une intervention judiciaire de la part des tribunaux en dehors du processus légal d'appel. Le judiciaire semblait s'inquiéter de l'existence d'un conflit de juridictions entre le régulateur du DPI et l'autorité de concurrence et dans l'un des cas, le tribunal a eu le sentiment que cela revenait à remettre en question les modalités convenues par les parties devant le tribunal civil. Les tribunaux ont ordonné une suspension temporaire des procédures, et actuellement l'ensemble du processus est bloqué et l'enquête interrompue. Cela souligne la tension qui existe entre le code de la concurrence et le régime du DPI, et l'intervention des tribunaux est venue compliquer encore la situation. Les parties prenantes vont bien entendu choisir la juridiction qui protège le mieux leurs intérêts.

Le Président demande à Maurits Dolmans du cabinet Cleary, Gottlieb de Londres d'exposer ses vues sur la valorisation des brevets et le caractère équitable des licences.

M. Dolmans indique que l'affaire *UE-Microsoft* est un exemple intéressant. En 2004, la Commission a suggéré - suivie en cela par la Cour européenne en 2007 - qu'une société en position dominante n'avait pas le droit d'exiger une redevance reposant sur la valeur stratégique (parfois appelée « valeur de hold-up ») d'un actif indispensable, en l'espèce des informations confidentielles et brevetées pour les systèmes

d'exploitation des ordinateurs personnels, nécessaires aux autres acteurs pour évoluer sur le marché voisin des systèmes d'exploitation des groupes de travail. Cet avis a abouti à une décision de la Commission et à un jugement de la Cour en 2012 sur le niveau des redevances. Cette décision a confirmé que la valeur d'innovation (ou valeur inhérente) d'un brevet d'interopérabilité devait être analysée indépendamment (c'est-à-dire en référence au marché de concurrence des produits incorporant la technologie brevetée) et que le titulaire du brevet ne pouvait pas profiter des recettes espérées par le preneur de licence sur un marché *voisin* (en l'espèce celui des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupes de travail). La valeur inhérente d'un brevet est la valeur marginale que le preneur de licence peut tirer de l'utilisation du brevet sur le marché pertinent par rapport à la deuxième meilleure alternative, qui doit être analysée *ex ante* avant le verrouillage. Cette valeur peut, dans certains cas, être vérifiée de manière empirique. Dans le cas particulier de Microsoft, par exemple, les protocoles d'interopérabilité de Microsoft étaient disponibles gratuitement « *ex ante* » c'est-à-dire avant que la compatibilité avec les systèmes d'exploitation pour ordinateurs personnels de Microsoft ne devienne indispensable et qu'il y ait verrouillage. La Commission a conclu que *ex ante* il était rationnel de partager gratuitement les informations d'interopérabilité, car l'interopérabilité (et l'existence d'une multitude de produits complémentaires) rendait plus attractif le système d'exploitation des PC, et augmentait les recettes que Microsoft tirait de ce produit. La Commission a aussi regardé le prix des solutions d'interopérabilité comparables. On voit donc qu'en pratique, la valorisation peut se faire en regardant les produits comparables, méthode qui avait déjà été employée dans l'affaire *United Brands*, et qu'elle est utilisée dans plusieurs affaires en cours liées aux conditions FRAND. Elle l'aurait été par le tribunal allemand dans l'affaire *Motorola/Apple* si elle n'avait pas été l'objet d'un règlement extrajudiciaire.

Le Président demande au délégué du Japon d'expliquer les principes qui s'appliquent ici. D'après ces principes, un titulaire de brevet qui a participé à un travail de normalisation et exige une redevance très élevée, revenant à un refus de cession de licence, peut se trouver en infraction avec la loi anti-monopole. Deux questions se posent. D'abord, ces principes s'appliquent-ils même si le brevet n'est pas BEN ? Deuxièmement, est-il effectivement arrivé à l'autorité de concurrence du Japon (JFTC) d'intervenir dans ce type d'affaires ?

Le délégué du Japon répond que ces règles peuvent s'appliquer aux BEN. La JFTC n'a encore jamais traité une affaire qui nécessite de définir explicitement à partir de quel niveau le montant d'une licence peut être qualifié d'excessif. Une décision de justice importante, qui fera peut-être école, a toutefois été rendue en mai 2014 : Samsung poursuivait la filiale japonaise d'Apple pour violation de brevet ; le conglomérat coréen a introduit un recours en injonction contre la filiale d'Apple, ainsi que des dommages et intérêts relatifs à un brevet de téléphonie mobile dont Samsung avait déclaré qu'il était essentiel. La Cour a jugé qu'il y avait abus du droit car la redevance était trop élevée pour être FRAND et a ordonné qu'Apple paie une redevance FRAND. Pour déterminer ce montant, les juges ont commencé par poser que le montant maximum de redevance globale devait correspondre à 5 % du volume des ventes ; ils ont ensuite calculé la part représentée par la norme en question, en l'espèce l'UMTS, dans ce brevet (le résultat reste confidentiel) ; ils l'ont ensuite multipliée par les 5 % pour trouver un nombre correspondant à la part totale de la norme dans le chiffre d'affaires. Ils ont alors supposé que tous les BEN inclus dans la norme UMTS avaient la même valeur et ont divisé la part attribuée à la norme par le nombre de BEN incorporés dans l'UMTS, et sont parvenus à une valeur environ 10 millions YEN pour la redevance FRAND, chiffre très en-deçà du montant exigé par Samsung. Il ne s'agissait pas d'une affaire de lutte anti-monopole, mais d'un litige privé, mais c'était la première fois qu'une juridiction se prononçait sur le montant de redevance FRAND, et cette décision fera probablement jurisprudence.

Le Président fait part de l'étonnement de Mme Layne-Farrar, assise à ses côtés, qui avait déjà mis en garde contre cette opération consistant à diviser la valeur par le nombre de brevets, car elle est potentiellement fallacieuse. Il n'en demeure pas moins que cette procédure a été appliquée par un tribunal ; il existe aussi celle mentionnée par Maurits Dolmans, l'examen des autres solutions **ex ante**. Le Président appelle ensuite le délégué de la Corée à évoquer l'expérience coréenne dans ce domaine.

Un délégué **coréen** indique que la KFTC (équivalent coréen de la FTC) a publié des règles concernant l'exercice abusif des droits de propriété intellectuelle afin d'empêcher les violations du droit de la concurrence. La conduite discriminatoire est jugée illégale lorsqu'elle limite la concurrence, par exemple en éliminant les concurrents. Trois éléments doivent être pris en considération : la conduite maintient-elle ou renforce-t-elle la domination sur le marché ? vise-t-elle à exclure les concurrents ? est-elle répétée ? Dans l'affaire Qualcomm, la KFTC a conclu que le titulaire du BEN a violé la Loi sur les pratiques commerciales équitables de par sa position dominante sur le marché, qu'il a voulu exclure les concurrents et a concédé des licences à des conditions discriminatoires pendant une longue période.

Le Président demande à M. Doré s'il a des précisions à apporter sur les différentes interprétations de la discrimination données par les entreprises qui ont participé aux travaux de l'Union Internationale des Télécommunications (UIT).

M. Dore précise que la question de la discrimination est toute récente dans les discussions de l'UIT. En résumé, les fabricants de puces soutiennent qu'ils ont le droit de recevoir des licences pour les BEN incorporés dans les normes UIT. La question est donc de savoir si tous les exploitants ont le droit d'obtenir une licence aux yeux de l'UIT, quelle que soit leur position dans la chaîne. Pour l'instant, aucun consensus ne s'est dégagé dans le secteur sur cette question complexe. Le Président ajoute que l'UIT a peut-être une définition de la discrimination différente de celle des autorités de la concurrence.

4. Les BEN cédés sous licence aux conditions FRAND doivent-ils être à l'abri des actions en d'injonction ?

Le Président annonce que le moment est venu de passer à la question des injonctions. Reprenant les termes de la délégation américaine, dans quelles circonstances la menace d'une action en injonction pèse-t-elle sur la relation entre un titulaire de BEN et un preneur de licence potentiel qui veut négocier une licence. Est-il nécessaire ou possible de restreindre le recours aux actions en injonction émanant de titulaires de BEN ? Le président invite Maurits Dolmans à présenter au Comité un panorama général du droit et de la jurisprudence dans ce domaine.

M. Dolmans déclare d'emblée que la situation est assez simple : si (a) le titulaire du BEN promet de concéder une licence de brevet à des conditions FRAND ; (b) si les utilisateurs potentiels s'appuient sur cette promesse de bonne foi, en mettant au point un produit qui utilise la norme et en investissant dans des installations de production et dans la commercialisation ; et (c) si les exploitants sont disposés et en mesure de payer les droits de propriété intellectuelle, il doit être interdit au titulaire du BEN de demander une injonction car cela équivaldrait à un refus d'octroi de licence. La détermination de la redevance relève d'une négociation privée ou, en cas d'échec, d'une procédure devant une cour ou un tribunal d'arbitrage. Le risque de voir le taux fixé par un tribunal ou une cour incite les exploitants potentiels et les titulaires de brevets à négocier, puisque tous deux craignent que l'arbitrage ne se fasse en leur défaveur. Les preneurs de licence ne doivent pas pour autant être autorisés à user de stratégies opportunistes ni à retarder les négociations, voire à les bloquer entièrement.

Dans l'UE, les injonctions sont une procédure courante, du moins en Allemagne et au Royaume-Uni. En vertu des principes énoncés dans l'affaire anglaise *Shelfer*, il est normalement fait droit aux demandes d'injonctions sauf si elles aboutissent à un résultat inéquitable. Cela peut être le cas si (a) le préjudice causé

aux droits du prestataire est minime ; (b) si la valeur vénale du préjudice peut être estimée ; (c) si le préjudice est correctement compensé par un paiement monétaire modeste, et (d) si l'octroi d'une injonction serait abusif pour le défendeur. Les tribunaux allemands délivrent presque systématiquement des injonctions.

La question se pose de savoir si les injonctions sont vraiment adaptées au cas des BEN. Trois problèmes de concurrence liés aux accords de normalisation se posent. Tout d'abord, une norme a pour effet d'exclure les autres technologies du jeu concurrentiel et s'apparente à un boycott collectif des technologies concurrentes. Deuxièmement, une norme peut créer un pouvoir de hold-up. Dans un hold-up, le titulaire de BEN tente d'extraire non seulement la valeur intrinsèque d'un BEN, mais aussi le coût de conversion contracté par un preneur de licence qui est « enfermé » dans la norme. En troisième lieu, se pose le problème de la suppression éventuelle de la concurrence sur les marchés en aval des produits qui mettent en œuvre la norme. A partir de ces considérations de bon sens, les tribunaux du Royaume-Uni ont commencé à prendre ces problèmes en compte, par exemple dans l'affaire *Nokia/IPCom*. Dans cette affaire, le juge a retenu qu'IPCom avait promis d'accorder des licences à des conditions équitables et raisonnables, « *Je ne suis pas très sûr, et c'est un euphémisme, qu'il soit justifié d'accorder une injonction permanente dans cette affaire, et d'ailleurs d'accorder une injonction quelle qu'elle soit. [...] Vous êtes disposé à céder une licence. Nokia veut acheter une licence. Vous n'êtes pas d'accord sur les conditions. Elles seront de toute façon déterminées. Une licence sera octroyée. Dans ces circonstances [...] obtenir une injonction me semblerait une parfaite aberration.* » L'affaire a fini par s'écrouler toute seule parce que le brevet a été invalidé ; elle démontre toutefois que les tribunaux peuvent invoquer des principes d'équité pour éviter d'accorder une injonction. Cela est autorisé par le droit communautaire des brevets. Certaines juridictions néerlandaises ont appliqué une théorie similaire, mais pas dans toutes les affaires, par exemple en accordant une injonction dans l'affaire *Philips-SK Kassetten*. Aux États-Unis, selon les critères d'équité établis dans l'affaire *eBay/MercExchange*, un titulaire de brevet qui s'est engagé à délivrer une licence à des conditions FRAND (équitables, raisonnables et non-discriminatoires) ou un titulaire de brevets qui est une entité se limitant à revendiquer ses brevets ont droit à l'allocation de dommages et intérêts, mais ne peuvent pas demander une injonction. En pratique, cela signifie que les universités et les individus ont toujours tendance à obtenir des injonctions, peut-être par sympathie, mais que les entreprises en obtiennent moins, et en particulier, les entités qui n'ont pas d'activité ou celles qui revendiquent leurs droits sur leurs brevets. M. Dolman considère du reste qu'elles menacent la concurrence et le système des brevets. Il mentionne ensuite le verdict du juge Posner dans l'affaire *Apple contre Motorola*, dans laquelle chaque partie a déposé des demandes d'injonctions contre l'autre. Le juge les a rejetées, l'une parce qu'elle était fondée sur l'engagement d'une licence FRAND, l'autre pour des raisons d'équité. Si le juge les avait accordées, peut-être que les parties se seraient vite réunies autour d'une table pour trouver une issue à ce comportement de destruction mutuelle assurée.

On peut se demander parfois si le droit de la concurrence constitue un critère approprié pour refuser d'accorder une injonction dans ces affaires. M. Dolman défend le recours au droit de la concurrence. Premièrement, la fixation d'une norme entraîne le rejet de technologies concurrentes, potentiellement aussi bonnes, réduisant ainsi la concurrence intra-technologique. Deuxièmement, le titulaire du brevet bénéficie d'un pouvoir de marché considérablement accru, une fois la norme édictée. Troisièmement, il existe la possibilité de blocage et de restriction de la concurrence en aval par l'octroi d'une licence restrictive. A rebours des propos de Mme Layne-Farrar, M. Dolman soutient que des situations de « hold-up » peuvent être constatées *de visu* ; une entreprise change de propriétaire et augmente alors fortement les redevances de licences. Cependant, les règles contre l'abus de position dominante ne sont pas toujours appropriées. Dans l'affaire *Motorola/Apple*, un litige en matière de brevet est né parce que le PDG d'Apple avait déclaré qu'il voulait exclure le système d'exploitation Android du marché. Pour empêcher Apple d'utiliser son brevet pour exclure son système, Motorola a demandé une injonction contre l'utilisation d'un BEN. La Commission a conclu à l'existence d'un abus de position dominante parce que le BEN était soumis à un engagement FRAND. La compatibilité d'un verdict de position dominante avec une situation de dissuasion

mutuelle de brevets est discutable. L'avocat général dans l'affaire *Huawei-ZTE* a avancé que l'abus de position dominante ne peut pas être supposé a priori et qu'il fallait examiner les faits en cause. La position dominante peut ne pas exister, même si un BEN est incorporé dans une norme importante, et que l'autre partie dispose d'un gros portefeuille de brevets, et par là-même, d'un contre-pouvoir.

Il s'agit de définir exactement l'abus : une simple demande d'injonction constitue-t-elle un abus, même si elle est refusée ou non exécutée (si on se réfère à la décision Samsung de la Commission européenne) ? Ou existe-il un abus seulement dans les affaires où un titulaire de BEN « demande et obtient » une injonction (comme dans la décision Motorola de la Commission européenne) ? La Charte européenne des droits fondamentaux garantit à chacun l'accès à la justice ; intenter une action devant un tribunal pour demander une injonction peut donc ne pas être constitutif d'un abus. En effet, le tribunal peut refuser la demande puisqu'il existe un engagement FRAND. Les critères du hold-up abusif ne sont réunis que si l'injonction est adossée au versement d'une caution, le cas échéant. En conclusion, en Europe, la règle semble désormais être que l'on ne peut pas obtenir d'injonction sur la base d'un BEN contre un preneur de licence qui a la volonté et la capacité de payer, bien que la définition de la bonne volonté reste floue. M. Dolmans renvoie à la grille qui figure dans son document⁴, basé sur la législation, qui permet de décider s'il y a lieu ou non d'octroyer une injonction selon les actions menées par les deux parties. En général, en Europe, la solution idoine consiste à négocier pendant un certain laps de temps, et en cas d'échec des négociations, de s'adresser à un tribunal ou un arbitre pour trancher. Dans l'affaire *Huawei/ZTE*, l'avocat général a réclamé une procédure d'une rigueur excessive, mais il reste à voir quelle sera la décision finale du juge. Notez finalement qu'en Allemagne, le droit de la concurrence peut s'appliquer même à une simple affaire de brevet essentiel de facto, c'est-à-dire sans engagement FRAND, conformément à ce qui a été dans l'affaire « Orange Book ».

En discutant brièvement les termes appropriés pour déterminer une licence FRAND, M. Dolmans indique qu'un donneur de licence ne devrait pas lier entre eux plusieurs brevets, qu'ils soient ou non des BEN, et ne devrait pas imposer une licence réciproque et gratuite comme condition d'accès à un BEN, et que ces principes peuvent être davantage développés dans certaines affaires en cours.

Le Président invite les délégués américains à donner leur avis.

Un délégué du Département de la justice des Etats-Unis indique que son intervention portera sur des affaires dans lesquelles les détenteurs de BEN grevés d'obligations de licence FRAND doivent être en mesure de solliciter une ordonnance d'exclusion (*exclusionary relief*) auprès de la Commission américaine du commerce international (ITC). L'ITC peut prononcer un ordre d'exclusion à l'encontre d'un importateur si elle constate qu'il importe des biens contrefaits, sauf si cela va à l'encontre de l'intérêt public. Le critère eBay en matière d'ordonnance d'exclusion ne concerne pas l'ITC. En janvier 2013, le Département de la justice et l'Office américain des brevets et des marques ont publié conjointement une déclaration de politique sur la façon dont l'ITC devait prendre en compte des facteurs de concurrence pour déterminer s'il est conforme à l'intérêt public de délivrer une ordonnance d'exclusion en cas de violation d'un BEN grevé d'une licence FRAND. Ils font valoir que cette ordonnance d'exclusion pouvait être préjudiciable, car elle pouvait faciliter une manœuvre de hold-up, et donc invalider le critère légal de l'intérêt public. Le représentant du Département du commerce a cité cette déclaration de politique dans une lettre à l'ITC en août 2014 pour justifier sa désapprobation d'un ordre d'exclusion prononcé par l'ITC.

La déclaration de politique générale précisait toutefois que les ordonnances d'exclusion de l'ITC pouvaient constituer un recours approprié dans certaines circonstances lorsqu'un utilisateur refusait de payer une redevance déterminée comme étant FRAND, ou de négocier les termes d'une redevance

⁴ Voir DAF/COMP/WD(2014)83

FRAND, ou si le preneur de licence ne relevait pas de la compétence d'une juridiction allouant des dommages-intérêts.

Un délégué de la FTC des **Etats-Unis** ajoute que l'autorité de concurrence considère certainement les recours en injonctions dans ce contexte comme relevant du droit de la concurrence et qu'elle est très préoccupée lorsqu'une société introduit une action en cessation portant sur un BEN. Il existe deux façons d'obtenir une injonction. La première, déjà évoquée, consiste à introduire un recours auprès de l'ITC pour empêcher l'importation aux États-Unis de produits contrefaits. De nombreuses entreprises ont suivi cette voie, à la suite de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *eBay*, qui a infirmé une présomption selon laquelle un détenteur de brevet obtenait systématiquement une injonction puisqu'il lui fallait, pour l'obtenir, démontrer qu'il pouvait y avoir préjudice irréparable. Selon la FTC, quand une entreprise s'engage à octroyer une licence FRAND, il y a fort à parier qu'elle a déterminé qu'une action en dommages-intérêts suffirait à protéger ses droits de propriété intellectuelle. Suite à l'affaire *eBay*, un grand nombre d'entreprises ont demandé à l'ITC de délivrer des ordonnances d'exclusion – forme de recours en injonction – car l'ITC ne peut pas accorder des dommages-intérêts pour contrefaçon. Tant le Département de la justice, dans sa déclaration de politique conjointe avec l'office américain des brevets et des marques (PTO), que la FTC, exhortent l'ITC à examiner si des mesures d'exclusion sont dans l'intérêt public dans les affaires de BEN.

Il a également eu des mesures d'exécution dans ce type de situation. Dans l'affaire de Google MMI, la FTC a conclu à une violation des lois antitrust lorsque Google a introduit un recours en injonction sur son brevet de téléphonie mobile Wifi, alors qu'elle avait pris l'engagement d'octroyer une licence aux preneurs de licence intéressés. Même après l'acquisition de MMI, Google a persisté dans cette voie et la FTC a imposé une ordonnance sur consentement par laquelle Google a acceptait de résoudre tous les différends liés aux négociations FRAND par l'entremise d'une partie indépendante avant tout recours en injonction. Une injonction serait toutefois possible si le preneur de licence potentiel refusait d'être lié par la décision de la partie neutre ou de reconnaître la compétence d'un tribunal américain.

Un délégué de l'UE, invité à prendre la parole par le Président, explique également⁵ que la normalisation est un enjeu majeur dans le cadre de l'Agenda Europe 2020. Les intervenants précédents ont parlé des avantages de la normalisation et aussi de ses inconvénients : le risque de collusion et l'absence de concurrence une fois la norme adoptée. On assiste actuellement à une envolée des dépôts de brevets : ils ont triplé aux États-Unis depuis le milieu des années 1980 ; le nombre de brevets BEN a lui aussi beaucoup augmenté. Il y a plusieurs raisons à cela ; on peut penser qu'il y a davantage de nombre de brevets déclarés comme BEN que de brevets véritablement essentiels. Si l'on demande aux industriels quel est le nombre de normes intégrés dans un dispositif, ils répondent qu'ils l'ignorent. Selon une étude citée par M. Dore, dans un ordinateur portable moderne, il existe au moins 250 normes d'interopérabilité, et personne ne sait combien de ces brevets sont effectivement essentiels à la norme. On estime qu'il y a environ 100 000 brevets incorporés dans un téléphone intelligent, dont peut-être 20 000 sont des BEN, mais il suffit d'obtenir gain de cause pour un seul de ces brevets pour obtenir une injonction.

L'UE ne considère pas que tout BEN entraîne un pouvoir sur le marché ; tout dépend de la norme en question. Par exemple, dans l'affaire *Motorola/Apple*, il s'agissait de la norme 2G, qui est mise en œuvre dans tous les téléphones mobiles dans l'UE. Dans cette affaire, Motorola avait introduit et obtenu un recours en injonction pour des BEN à la norme 2G devant le tribunal de district de Mannheim alors que la société avait pris un engagement FRAND. Apple a fait non moins de six propositions et a fini par renoncer à son droit de contester la validité et la violation de tout le portefeuille BEN allemand. Après la deuxième offre, Apple a accepté que le tribunal fixe le taux FRAND, et la Commission a estimé que Motorola devait retirer sa demande d'injonction. La Commission voyait également d'un très mauvais œil le fait que

⁵ Voir aussi : DAF/COMP/WD(2014)117

l'ensemble du portefeuille soit gelé, et quand Samsung a demandé des injonctions dans plusieurs États de l'UE pour son BEN, il les a retirées après que la Commission a signifié son opposition, et a consenti à ne pas demander d'injonctions tant que les preneurs de licence étaient prêts à négocier. En cas d'échec des négociations, le taux FRAND serait fixé par une tierce partie, par arbitrage ou par un tribunal. La Commission s'efforce de trouver le juste équilibre entre les droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence : les détenteurs BEN doivent retirer une juste rémunération l'engagement FRAND, et il ne doit pas avoir de recours en injonction. Une entreprise peut donner son brevet à seule fin de gagner de l'argent en cédant des licences, mais d'après une étude de la DG Entreprise, la monétisation n'est pas la raison première de la participation des entreprises aux organismes de normalisation.

Si la Commission s'est sentie obligée d'intervenir dans certaines affaires, c'est en raison des divergences entre juridictions nationales sur la façon de traiter les questions. Il s'agit de savoir s'il existe un droit de propriété intellectuelle, quelle est la loi applicable, s'il doit y avoir un test de proportionnalité ou d'équité, et aussi si on applique le droit de la concurrence. L'incertitude est grande en ce domaine et a finalement abouti à l'affaire *Huawei/ZTE*, dont est actuellement saisie la Cour de justice européenne. Environ 60 % du contentieux des brevets concerne l'Allemagne ; une étude récente a révélé que 44 % des brevets contestés entre 2010 et 2014 étaient tout à fait valides et 35 % l'étaient partiellement. Ainsi, la Commission ne dit que les injonctions doivent disparaître : elles sont généralement un recours légitime, sauf en cas de BEN, où elles ont un effet potentiellement anticoncurrentiel. Le processus de normalisation crée un contexte anticoncurrentiel en excluant la concurrence, d'où la contrepartie imposée de l'engagement des conditions FRAND.

Le Président demande à la délégation allemande d'expliquer les raisons pour lesquelles les tribunaux allemands accordent si facilement des injonctions.

Un délégué de l'autorité **allemande** de la concurrence reconnaît que le contentieux des brevets est particulièrement abondant en Allemagne. Cela s'explique par le fait que le système judiciaire allemand est établi de longue date et doté de chambres spécialisées. Les plaignants ouvrent des procédures de négociation, les tribunaux travaillent rapidement et à un coût raisonnable, et les résultats semblent équitables. Cependant, des voix se sont élevées pour dire que le jugement *Orange Book* n'était pas adapté aux BEN résultant d'un processus de normalisation dans lequel le titulaire du brevet s'était engagé à négocier des conditions FRAND. L'autorité de la concurrence se félicite donc de la récente jurisprudence de la Commission et de la saisine de la Cour européenne de justice, qui permettra d'avoir un éclairage sur l'équilibre de négociation à trouver entre titulaires et utilisateurs de BEN. Il ne faut pas donner trop de pouvoir de négociation à l'une des parties en fixant trop bas le seuil déterminant la volonté de négocier ou des conditions FRAND.

Le Président invite les délégués de la Finlande et de l'Italie à donner leur avis.

Lors de l'audition *Huawei/ZTE*, la **Finlande** a estimé que l'introduction d'une action en cessation peut être constitutive d'un refus de licence si le titulaire du BEN a pris l'engagement d'accorder des licences FRAND mais refuse de le faire. Le hold-up est parfois déterminé à la lumière des critères de refus de licence et le hold-up par BEN peut remplir les critères en vertu de circonstances exceptionnelles lorsque l'intérêt des consommateurs est menacé. Mais souvent, il ne s'agit pas d'un refus de licence direct ni indirect, mais plutôt d'un refus qui prend la forme du niveau de redevance à consentir de payer.

Un délégué **italien** commente la décision italienne dans l'affaire *Samsung/Apple*. Un tribunal spécialisé de Milan a rejeté une demande d'injonction de Samsung, en arguant de l'équilibre entre les intérêts contradictoires des deux parties, et en prenant en compte le bien-être des consommateurs. Le juge a estimé que l'interdiction de la vente d'appareils mobiles d'Apple, à la période de Noël, aurait causé un

grave préjudice à l'entreprise et aux consommateurs, tandis que le préjudice économique subi par Samsung pouvait être compensé à l'issue d'un procès.

5. Coopération entre les autorités de la concurrence, les offices de brevets et les organismes de normalisation.

5.1 Intervention de l'Office européen des brevets

Le Président invite Théon Van Dijk, de l'OEB, à intervenir sur les moyens permettant une plus grande coopération entre les autorités de la concurrence, les offices de brevets et les organismes de normalisation.

M. Van Dijk⁶ déclare que les offices de brevets ne peuvent pas à eux seuls résoudre les problèmes de BEN et de conditions FRAND, mais ils peuvent faire bénéficier les autorités de la concurrence de leur expertise. À son avis, il existe cinq voies de coopération possibles : d'abord, les offices de brevets peuvent fournir une expertise aux autorités de la concurrence ; deuxièmement, ils peuvent aider ces autorités à utiliser les bases de données publiques de brevets ; troisièmement, les offices de brevets peuvent fournir des conseils d'expertise lors des consultations sur les nouvelles règles de concurrence relatives aux brevets ; quatrièmement, les offices de brevets peuvent coopérer avec les organismes de normalisation – et utilisent effectivement cette possibilité - pour accéder à la documentation relative aux normes afin de mieux évaluer l'art antérieur lors de l'examen des demandes de brevet ; cinquièmement, les agents de brevets peuvent apporter une assistance technique pour l'évaluation du caractère essentiel aux normes de certains brevets.

Il cite un exemple de la première forme d'aide : un examinateur de brevets de l'OEB a été détaché pendant sept mois pour assister une équipe de la DG concurrence dans une enquête portant sur le secteur pharmaceutique en 2008-2009. Il s'agissait de déterminer si certains laboratoires pharmaceutiques retardaient l'entrée des génériques sur le marché. L'examineur a aidé l'équipe de la DG concurrence en analysant les données sur les brevets. Ce type d'assistance est possible dans d'autres secteurs à forte intensité de brevets tels que les TIC.

Concernant la deuxième forme d'aide, l'OEB dispose d'un certain nombre de bases de données. Il existe des outils de recherche en ligne gratuits pour les interroger, et l'OEB dispose d'une équipe informatique spécialisée dans les brevets, basée à Vienne, qui peut aider à utiliser les bases de données publiques. Dans les affaires de concurrence, par exemple, les données de brevets peuvent aider à évaluer la taille d'un portefeuille de brevets, sa structure, les pays et les domaines technologiques concernés, les pays où les brevets ont été validés et la durée de la protection, et la puissance d'un portefeuille de brevets.

Dans le domaine de la réglementation de la concurrence, un certain nombre de réglementations portent sur les brevets et leur utilisation. Par exemple, les exemptions par catégorie de transfert de technologie, les réglementations en matière d'ententes horizontales et verticales, et le document d'orientation de l'article 82. Les experts en brevets peuvent dispenser des conseils lors de l'élaboration ou de la révision de ces réglementations, en particulier en ce qui concerne l'efficacité dynamique et le rôle dans l'innovation.

En ce qui concerne l'art antérieur, il existe une zone grise entre les informations disponibles publiquement et celles qui ne le sont pas. En Europe, les processus d'élaboration des normes sont généralement considérés comme non confidentiels. Les technologies communiquées aux organismes de normalisation sont donc généralement considérées comme publiques et faisant partie de l'art antérieur. L'OEB a conclu des accords avec certains organismes de normalisation, notamment avec l'UIT, par

⁶ Voir aussi <http://www.slideshare.net/OECD-DAF/ip-standard-settingtheonvandijk17dec2014>

laquelle l'OEB a accès aux documents liés aux normes. L'OEB a incorporé environ 1.6 million de documents liés aux normes dans ses bases de données. De cette façon, les examinateurs de l'OEB peuvent mieux évaluer la nouveauté et l'art antérieur, d'où une meilleure qualité des brevets accordés et un moindre risque de brevets non valables.

Enfin, il peut être utile d'étudier la possibilité que, à la demande des parties concernées, les examinateurs de brevets dispensent une expertise technique dans les affaires de BEN, non pas du point de vue de la concurrence, mais pour déterminer si le brevet considéré est véritablement un SEP, ou s'il a perdu ou acquis le caractère brevet essentiel.

5.2 *Un point de vue des juristes*

Le Président remercie M. van Dijk de son intervention et appelle M. Dolmans pour une évaluation juridique de l'existence de moyens relativement simples pour améliorer ou faciliter la coopération.

M. Dolmans déclare que les organismes de normalisation doivent être incités à fixer et mettre en œuvre les principes qui se dégagent de cette discussion. L'IEEE a déjà commencé, bien que son projet de politique de propriété intellectuelle soit quelque peu controversé. Une politique de DPI devrait obliger les propriétaires de BEN à négocier des conditions dans un délai raisonnable, 6 ou 12 mois, et à soumettre à l'arbitrage ou au jugement la fixation des termes, en cas d'échec des négociations. Les organismes de normalisation pourraient fournir eux-mêmes les clauses d'arbitrage, comme le fait le Digital Video Broadcasting Consortium. L'OMPI dispose aussi d'un réseau efficace d'experts compétents pour les arbitrages en matière de DPI.

En outre, les organismes de normalisation pourraient préciser ce qu'ils entendent par conditions FRAND, par exemple, en prévoyant qu'un engagement à accorder des conditions FRAND est incompatible avec l'existence d'un lien entre des brevets essentiels et des brevets non essentiels. En d'autres termes, les parties peuvent s'entendre volontairement sur une licence de portefeuille, mais le titulaire d'un BEN ne peut pas imposer une telle licence groupée. De même, il n'est pas juste, raisonnable, et équitable (c'est-à-dire FRAND) d'imposer au preneur de licences de concéder gratuitement ou en dessous des conditions FRAND, des licences croisées de ses droits de propriété intellectuelle, au lieu de lui donner le *choix* de le faire. Une réciprocité minimale doit être autorisée, cependant (par exemple, un détenteur de BEN peut exiger une licence **réiproque** de tous les BEN pour le produit incorporant le BEN du donneur de licence, à des conditions FRAND). Les autorités de la concurrence peuvent utiliser l'article 101 du TFUE et peut-être également son article 102 pour inciter les organismes de normalisation à modifier leurs politiques en matière de DPI. Les organismes de normalisation devraient au moins garantir une concurrence intra-technologie ou intra-normes dans les produits qui mettent en œuvre leurs normes.

Mme Layne-Farrar convient également que les organismes de normalisation devraient prendre l'initiative - elle pensait du reste qu'ils le faisaient déjà - non seulement l'IEEE, mais aussi l'UIT et d'autres. Ils font évoluer leurs politiques en matière de DPI afin de refléter le débat, et chaque organisme est différent, ce qui explique pourquoi les autorités de la concurrence doivent se contenter d'une simple incitation : il n'existe pas de solution universelle.

5.3 *Le point de vue du BIAC*

À l'invitation du Président, le délégué BIAC prend la parole et note que si le sujet retient autant l'attention, c'est parce qu'il est intéressant et difficile, mais peut-être que le niveau d'attention dépasse la portée du problème.

Il existe au sein du BIAC des membres qui sont inventeurs et entendent percevoir beaucoup de redevances, et d'autres qui mettent en œuvre les normes et ne veulent pas payer les redevances qu'on leur

réclame. Il en résulte de différends commerciaux sur ce que sont essentiellement les contrats exécutoires : l'invention existe, sa mise en œuvre est déjà un fait accompli, de sorte que la question est : comment évaluer un contrat qui a déjà été exécuté par les deux parties. Bien sûr, on peut négocier à l'avance, mais cela retarde considérablement l'innovation et sa mise en œuvre, de sorte que ces différends sont peut-être le prix à payer pour toutes ces innovations dont nous bénéficions.

Habituellement, le système fonctionne : certains conflits ont été très médiatisés, mais surtout parce qu'ils impliquaient des acteurs d'envergure, et dans la plupart des affaires le système d'octroi de licence est bien rodé. Le développement fulgurant du marché des TIC tend à prouver que les problèmes ne sont pas systémiques. Il s'agit en définitive de savoir quand les autorités de la concurrence doivent intervenir, et la réponse est : lorsqu'il y a préjudice pour la concurrence, et non préjudice aux concurrents. Or il est parfois difficile d'identifier les faits et les circonstances dans ces affaires. Il existe deux cas où les faits importent ; l'un est l'abus d'exclusion par actions en injonction et l'autre est l'abus d'exploitation.

Bien sûr, les titulaires de brevets ne peuvent pas imposer unilatéralement une injonction : ils doivent introduire une action devant un tribunal ; les tribunaux doivent décider si les brevets sont valables, s'il y a contrefaçon, et s'il existe un niveau plus élevé de préjudice. Aux États-Unis, cela correspond à la notion de préjudice irréparable, dans l'UE, il s'agit souvent de montants monétaires insuffisants, mais de plus en plus, les tribunaux prennent en compte les conditions FRAND, donc l'exigence d'un preneur de licence récalcitrant entre plus en plus en compte dans la détermination judiciaire de savoir si une injonction est appropriée. Dans l'histoire de la guerre de brevets des smartphones, les ordonnances de cessation ont été extrêmement rares : aux États-Unis il n'y a eu qu'une seule ordonnance d'exclusion et aucune injonction, et l'ordonnance d'exclusion a été annulée par décret et dans l'UE, six il n'y a eu que six ordonnances d'injonction dont la durée n'a pas dépassé deux jours.

La menace d'une injonction n'est crédible que dans la mesure où l'intéressé a la capacité de l'obtenir et de la faire respecter, et cette menace a diminué depuis cinq ans en raison des orientations fournies par les tribunaux et par les autorités de la concurrence. Le coût d'une telle action est désormais plus lourd pour celui qui la subit et le BIAC trouve normal que la charge pour obtenir une injonction soit plus importante. Cette démarche ne doit toutefois pas être impossible. Il peut exister des circonstances qui justifient une injonction même dans le contexte d'un engagement FRAND.

Un autre risque d'abus d'exclusion est la fraude dans le processus de normalisation, par exemple quand un titulaire de brevet retient sciemment des informations et refuse de prendre un engagement FRAND. C'est là un domaine dans lequel théorie et pratique ne vont pas toujours de pair. En théorie, des solutions de rechange existent, ou auraient pu exister, mais on voit souvent que les technologies contestées sont incorporées dans les prochaines versions sans opposition, même de la part des acteurs qui contestaient la validité des brevets. Il se peut donc qu'il n'existait en réalité pas d'autres solutions. Autre exemple est l'opinion selon laquelle ne pas divulguer un brevet est nécessairement un acte frauduleux. Le problème ici est qu'une société peut posséder un portefeuille de plusieurs milliers de brevets qu'elle ne cesse d'enrichir et qu'elle ne sache pas lesquels sont liés à une norme particulière qui est mise en œuvre avant que la compagnie réalise qu'elle détient des brevets concernés. Dans de nombreux affaires, les inventeurs qui possèdent un portefeuille de brevets prennent un engagement de portée générale par lequel ils reconnaissent ne pas savoir s'ils détiennent des BEN, mais acceptent qu'en cas de découverte, ils octroieront des licences à des conditions FRAND. Dans ce cas, il n'y a pas de comportement frauduleux, même si leur BEN est révélé après que la norme soit édictée. Bien sûr, la charge doit être plus lourde si c'est l'entreprise qui propose la norme.

L'exploitation abusive peut exister dans deux cas seulement. Premièrement lorsqu'il y a un accord sur un prix élevé et que l'acteur qui a mis en œuvre la norme paie ; il est alors difficile de parler d'abus. Tous les autres scénarios impliquent une décision de justice. Aucun paiement n'intervient jusqu'à ce que le

tribunal décide du montant de la licence : même si ce montant est considéré comme abusif, il a néanmoins été validé par un tribunal. Les autorités de la concurrence doivent-elles alors intervenir ? Le BIAC est d'avis qu'elles devraient rester prudentes et circonspectes, toute intervention éventuelle devant s'appuyer sur des faits vérifiables propres au cas en question, et non sur des considérations théoriques. Ainsi, si les litiges sont portés devant les tribunaux, que des conseils en brevets sont sollicités, un juste équilibre existe et les autorités de la concurrence doivent se contenter d'observer, et rester prudentes dans l'action.

6. Conclusions

Le Président remercie le BIAC d'avoir donné ainsi un avis particulièrement raisonnable et bien argumenté. Il conclut que la réunion a réussi à clarifier plusieurs questions. La première, soulevée par la Norvège, était la question de la valorisation. Les experts ont également proposé des idées intéressantes sur la façon dont les autorités de concurrence, les organismes de normalisation et les offices de brevets pourraient collaborer au mieux. Le Président conçoit, comme Maurits Dolmans en a l'intuition, qu'il faut empêcher les manœuvres stratégiques en exigeant des organismes de normalisation qu'ils imposent des contraintes plus précises et exactes aux titulaires de brevets sur les normes qu'ils mettent en commun. S'ils suivent cette voie, alors il y aura moins de cas où les autorités de la concurrence auront besoin d'intervenir ou de fournir des orientations. Il a le sentiment que les autorités de concurrence ne sont pas particulièrement à leur aise et ne se sentent pas compétentes pour intervenir dans ces occasions et qu'elles préféreraient que les conflits ne se posent pas.

ANNEXE

Liste des abréviations

<i>OEB</i>	<i>Office européen des brevets</i>
<i>ETSI</i>	<i>Institut européen des normes de télécommunications</i>
<i>FRAND</i>	<i>(RAND dans certains pays) Justes, raisonnables, et non discriminatoires. Se dit des modalités de cession de licences sur des BEN</i>
<i>HTTP</i>	<i>HyperText Transfer Protocol (norme de protocole permettant la communication entre deux ordinateurs sur l'Internet)</i>
<i>ITC</i>	<i>Technologies de l'information et de la communication</i>
<i>IEC</i>	<i>Commission électrotechnique internationale</i>
<i>IEEE</i>	<i>Institute of Electrical and Electronic Engineers</i>
<i>IETF</i>	<i>Internet Engineering Task Force</i>
<i>DPI</i>	<i>Droit de propriété intellectuelle</i>
<i>PI</i>	<i>Propriété intellectuelle</i>
<i>ISO</i>	<i>Organisation internationale de normalisation</i>
<i>ITC</i>	<i>International Trade Commission (US)</i>
<i>UIT</i>	<i>Union internationale des télécommunications</i>
<i>JFTC</i>	<i>Japan Fair Trading Commission</i>
<i>KFTC</i>	<i>Korea Fair Trading Commission</i>
<i>SDO</i>	<i>Standard Developing Organisation (ou SSO, Standard Setting Organisation)</i>
<i>BEN</i>	<i>Brevet essentiel à une norme</i>
<i>TCP/IP</i>	<i>Transmission Control Protocol and Internet Protocol (Standard protocols to direct transmissions over the internet)</i>
<i>US DOJ</i>	<i>United States Department of Justice</i>
<i>US FTC</i>	<i>United States Federal Trade Commission</i>
<i>OMPI</i>	<i>Organisation mondiale de la propriété intellectuelle</i>
<i>3GPP</i>	<i>3rd Generation Partnership Project</i>