

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**ANNEXE AU COMPTE RENDU SUCCINCT DE LA 121<sup>e</sup> RÉUNION DU COMITÉ DE LA  
CONCURRENCE TENUE LES 18 ET 19 JUIN 2014**

**-- Synthèse de la discussion sur la propriété intellectuelle et le processus de normalisation --**

*Cette synthèse par le Secrétariat de l'OCDE contient les principales conclusions de la discussion qui a eu lieu au titre de la Session VII de l'ordre du jour de la 122<sup>e</sup> réunion du Comité de la concurrence, tenue les 17 et 18 décembre 2014.*

*Des documents complémentaires sur le même thème peuvent être consultés sur  
[www.oecd.org/daf/competition/competition-intellectual-property-standard-setting.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/competition-intellectual-property-standard-setting.htm)*

**JT03399553**

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.*

## SYNTHÈSE

*Par le Secrétariat\**

Il ressort des discussions de l'audition, de la note de référence et des contributions écrites des délégués et des experts, les principaux points suivants :

- (1) ***L'existence de normes a favorisé l'innovation dans le domaine des TIC et une adoption rapide et persistante des objets TIC qui ont apporté d'importants avantages aux entreprises, aux pouvoirs publics et aux consommateurs. Cela étant, nombre de normes TIC de premier plan reposent sur des technologies protégées par des brevets. Il peut découler de cette situation une atteinte à la concurrence, en raison du phénomène de « hold-up » des brevets ou d'empilement des redevances. Les organismes de normalisation ont pour vocation d'atténuer ces risques par les politiques qu'ils mettent en œuvre en matière de droit de propriété intellectuelle (DPI).***

En principe, un téléphone portable, quel que soit son fabricant, peut se connecter à tout autre téléphone portable dans le monde. Il en va de même des micro-ordinateurs et des *smartphones* de fabricants différents qui peuvent se connecter à l'internet, télécharger et mettre en ligne des textes, des images, des graphiques, des vidéos et de la musique quel que soit, ou presque, l'opérateur, la localisation géographique de l'objet TIC et la source/la destination du contenu. Cette interopérabilité des objets TIC est extrêmement précieuse pour les entreprises, les pouvoirs publics et les consommateurs et n'est possible que parce que les constructeurs fabriquent des produits qui sont conformes aux normes en vigueur.

Les normes TIC sont généralement instaurées par les organismes de normalisation à la suite de discussions techniques entre les parties intéressées qui cherchent à incorporer dans la norme les meilleures technologies disponibles. S'il arrive que plusieurs technologies concurrentes sont disponibles au moment de l'élaboration de la norme (autrement dit *ex ante*), une fois celle-ci définie, certaines technologies sont alors retenues, prenant le pas sur les autres et des investissements spécifiques sont réalisés pour respecter la norme. Par conséquent, les titulaires de brevets essentiels à une norme (BEN) peuvent acquérir un pouvoir de marché supplémentaire après la définition de la norme car il est coûteux/impossible pour les utilisateurs de celle-ci d'opter pour d'autres solutions (les fabricants devenant dès lors « captifs »). Les titulaires de BEN ont la possibilité de différer l'octroi de licences, d'exiger des redevances déraisonnables ou discriminatoires ou encore de demander – ou de menacer de demander – des injonctions pour violation du droit des brevets, ce qui aboutit à une situation de « hold-up ». En outre, les utilisateurs de la norme peuvent être contraints d'obtenir une licence pour un certain nombre de BEN (ou de brevets non essentiels) auprès de plusieurs titulaires de brevets distincts touchant une redevance, ce qui est susceptible d'entraîner un « empilement de redevances ». Le hold-up retarde la mise en œuvre de nouvelles technologies, ce qui a un coût pour

---

\*

Ce résumé ne représente pas nécessairement le point de vue unanime du Comité de la concurrence. Il présente néanmoins les principaux points soulevés lors des débats de la table ronde, dans les contributions écrites des délégués ainsi que dans la note de référence du Secrétariat.

la collectivité. L'empilement de redevances peut augmenter les coûts au-delà de ce qu'il conviendrait de payer pour avoir le droit d'utiliser plusieurs brevets. Ces deux cas de figure peuvent porter atteinte à la concurrence et au bien-être des consommateurs et être contraires à l'objectif visé par la normalisation.

Pour parer à ce risque de hold-up, les organismes de normalisation adoptent généralement, en matière de droits de propriété intellectuelle (DPI), des politiques imposant à leurs membres de divulguer leurs brevets essentiels et d'accorder pour ces brevets des licences à titre gratuit ou à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (« *fair, reasonable and non-discriminatory* » ou FRAND<sup>1</sup>) lorsqu'ils sont incorporés dans une norme. En principe, cette obligation de divulgation prémunit contre le risque de dissimulation de droits de brevet (voir OCDE (2010)) et permet aux organismes de normalisation d'avoir connaissance des brevets que la norme peut couvrir, de sorte qu'ils peuvent envisager d'opter pour d'autres technologies, si cela s'avère nécessaire. L'engagement d'octroi de licences favorise un accès généralisé à la norme tout en encourageant les titulaires de brevets participant au processus de normalisation à incorporer la meilleure technologie dans la norme puisqu'ils sont ainsi assurés de percevoir une juste rémunération. À l'évidence, d'autres contraintes commerciales peuvent peser sur les titulaires de BEN : les coûts à engager pour faire respecter le droit des brevets, la mise à disposition de substituts pour le brevet/la norme en question, les pertes éventuelles subies par les titulaires de BEN lors des ventes de leurs produits d'aval ou de produits complémentaires qu'ils détiennent, la nécessité pour les titulaires de BEN d'obtenir des concessions réciproques de licences, etc. Il est donc généralement nécessaire de procéder à une analyse au cas par cas pour déterminer si un titulaire de BEN est en mesure d'exercer un pouvoir de marché et s'il est incité à le faire.

- (2) ***Dans la pratique, des différends commerciaux peuvent survenir entre les titulaires de BEN et les utilisateurs de la norme s'agissant de la définition des conditions FRAND. Même s'il n'existe pas de méthodologie généralement admise pour déterminer les redevances FRAND, certains principes et techniques se sont imposés.***

Les conditions FRAND ne sont pas définies précisément dans les politiques relatives aux DPI de la plupart des organismes de normalisation. Cela ménage une certaine souplesse lors des négociations commerciales entre les donneurs et les preneurs de licence, mais cette souplesse peut aussi être à l'origine de différends. À ce jour, les autorités de la concurrence des pays de l'OCDE se sont largement abstenues d'appliquer directement les moyens d'action que leur confère le droit de la concurrence aux différends commerciaux afférents à des redevances FRAND, renvoyant ces affaires devant les tribunaux compétents. Cela étant, certaines autorités de la concurrence se sont livrées à des activités de sensibilisation en prodiguant des conseils sur la manière dont les conditions FRAND peuvent être interprétées au regard des principes de concurrence ou en donnant leur avis devant les tribunaux dans certaines affaires particulières ayant pour enjeu des redevances FRAND.

Il n'existe pour l'heure aucune méthode universelle de détermination des redevances FRAND. Dans leurs décisions récentes, des cours d'appel et des tribunaux de première instance américains se sont penchés sur la question de savoir dans quelle mesure les redevances FRAND étaient raisonnables, en simulant ce qu'aurait été l'issue d'une négociation *ex ante* hypothétique entre le titulaire de BEN et le preneur de licence, s'efforçant ainsi de déterminer la valeur du BEN par rapport aux autres solutions qui auraient pu être incorporées dans la norme. Ils ont ainsi

---

<sup>1</sup> Ces conditions sont aussi dites « RAND ». Dans le reste du texte, seul le terme « FRAND » est utilisé, dans un souci de simplification.

tentés, en se livrant à cet exercice, d'isoler la valeur technologique du brevet de la valeur de celui-ci découlant de la situation de « hold-up ».

Dans certains cas, il peut être possible de déterminer les redevances FRAND en utilisant des redevances comparables comme celles facturées *ex ante* par les titulaires de BEN, les redevances comparables générées par les communautés de brevets, les tarifs appliqués pour l'utilisation de DPI comparables intégrés au sein de la même norme ou pour l'utilisation du même DPI intégré dans d'autres normes comparables. Dans certains cas, il sera plus approprié d'utiliser l'un plutôt que l'autre de ces éléments de comparaison et dans d'autres, certains d'entre eux pourront ne pas être disponibles. Il est également possible de faire appel à des experts indépendants pour évaluer le caractère central et essentiel des BEN concernés pour la norme en question. En tout état de cause, l'évaluation des BEN et la détermination des redevances FRAND est un exercice exigeant de compiler et de comparer de très nombreux éléments factuels.

Divers organismes de normalisation étudient la question de savoir de quelle manière il serait possible de préciser l'engagement FRAND afin de pouvoir dissiper les ambiguïtés dont il a été question plus haut.

- (3) ***Les injonctions prononcées à la suite de violations du droit des brevets comptent au nombre des recours à la disposition des titulaires de brevets non essentiels pour faire respecter leurs droits de propriété intellectuelle. Cela étant, la possibilité de recourir à des injonctions pour des BEN soumis à des conditions FRAND peut avoir une incidence importante sur les négociations avec les utilisateurs de la norme, et aboutir à une situation de hold-up. Les tribunaux ont déjà été saisis sur ces questions dans de nombreux pays. Les autorités de la concurrence, quant à elles, sont intervenues à ce sujet dans un petit nombre d'affaires.***

Les différends et les demandes d'injonction portant sur des brevets non essentiels ne sont pas rares. Les tribunaux prononcent régulièrement des injonctions s'agissant des brevets en question (autrement dit, ils ordonnent à ceux qui les utilisent de cesser d'en faire usage). Cela étant, s'agissant des BEN soumis à des conditions FRAND, le bien-fondé des injonctions est évalué de manière différente. Les titulaires de BEN qui se sont engagés à accorder une licence pour leur brevet à des conditions FRAND sont dans une situation différente du fait que les utilisateurs de la norme en question n'ont pas d'autre choix que d'utiliser la technologie issue du BEN.

La question de savoir quand des injonctions peuvent être prononcées, si tel doit être le cas, s'agissant de BEN soumis à des conditions FRAND a été posée dans plusieurs des contributions écrites examinées au cours de la réunion. Plusieurs points de vue différents s'affrontent s'agissant des injonctions relatives à des brevets soumis à des conditions FRAND mais, globalement, les tribunaux sont de moins en moins disposés à en prononcer et les autorités de la concurrence s'y opposent de plus en plus. Certains commentateurs ont fait valoir qu'en acceptant des conditions de licence FRAND, les titulaires de BEN s'engagent à négocier les tarifs et, implicitement, à permettre aux utilisateurs d'utiliser leurs BEN.

Les délégués se sont inquiétés du fait que les injonctions relatives aux BEN puissent porter atteinte à la concurrence et qu'elles ne devraient donc être prononcées par les tribunaux que dans des cas très particuliers. Jusqu'à présent, les autorités de la concurrence n'ont saisi la justice que dans de rares affaires à l'encontre de titulaires de brevets ayant demandé des injonctions relatives à des brevets soumis à des conditions FRAND. Les décisions rendues ont donné certaines indications sur les circonstances dans lesquelles une injonction peut constituer un recours

approprié. En font partie des situations comme celles dans lesquelles le titulaire d'une licence n'est pas disposé à s'engager dans une négociation pour déterminer des conditions FRAND, refuse de payer ce qui avait été convenu comme étant une redevance FRAND ou s'oppose à la décision rendue par un tiers neutre.

On peut se demander quel acte exactement est jugé abusif : la simple demande d'injonction ou le fait de la mettre en application. On pourrait faire valoir que c'est la mise en œuvre de l'injonction qui aboutit à un hold-up, et non la simple demande d'injonction. Il n'existe pas non plus de consensus sur la nature de l'infraction au droit de la concurrence qui résulterait des injonctions. Selon les théories envisageables, l'infraction ainsi constituée pourrait être, en l'espèce, un abus de position dominante, un refus d'octroi de licence ou encore un acte de concurrence déloyale.

- (4) ***La coopération entre les organismes de normalisation, les offices des brevets et les autorités de la concurrence peut être fructueuse. Les organismes de normalisation peuvent jouer un rôle très important dans ce débat et il conviendrait, de l'avis général, que les organismes de normalisation continuent de s'efforcer à clarifier leurs politiques en matière de DPI sur la question des conditions FRAND.***

La coopération entre les offices des brevets et les organismes de normalisation peut aider ces derniers dans le cadre d'un programme de normalisation. Les responsables de ces offices ont accès, et peuvent faciliter l'accès, aux bases de données sur les brevets et sont en outre bien placés pour évaluer l'état antérieur de la technique et, dans une certaine mesure, le caractère essentiel des brevets qui leur sont soumis. Un responsable de l'Office européen des brevets a estimé que l'OEB était par ailleurs en mesure de dispenser des conseils cohérents aux autorités de la concurrence sur les questions relatives à l'efficacité dynamique lors du processus d'élaboration de réglementations relatives aux brevets.

Si elles y sont invitées par les organismes de normalisation, les autorités de la concurrence peuvent procurer des éléments d'information et dispenser des conseils sur les droits de propriété intellectuelle qui pourront limiter les risques de retombées anticoncurrentielles du processus de normalisation.

Les efforts que déploient périodiquement les organismes de normalisation afin de réexaminer et de réviser leurs politiques en matière de DPI peuvent être un moyen de lutter contre les comportements stratégiques des titulaires de brevets qui pourraient être considérés comme contraires ou préjudiciables aux objectifs du processus de normalisation.