

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

Synthèse des discussions de la table ronde sur la concession de licences de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence

Annexe au compte rendu succinct de la 131^e réunion du Comité de la concurrence qui s'est tenue du 5 au 7 juin 2019

6 juin 2019

Ce document préparé par le Secrétariat de l'OCDE est une synthèse détaillée des discussions qui ont eu lieu pendant la 131^e réunion du Comité de la concurrence le 6 juin 2019.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante :
<https://www.oecd.org/daf/competition/licensing-of-ip-rights-and-competition-law.htm>

Pour toute question relative à ce document, veuillez contacter M. Pedro Caro de Sousa.
[Téléphone : +33 1 85 55 64 49 – Courriel : Pedro.CARODESOUSA@oecd.org]

JT03457494

Synthèse des discussions de la table ronde sur la concession de licences de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence

1. Introduction

Les discussions commencent par un discours d'introduction du **Président**. Il décrit comment le Comité de la concurrence a examiné l'interface entre la propriété intellectuelle (« PI ») et la politique de la concurrence à plusieurs reprises par le passé, mais ajoute que ce n'était pas dans un passé récent. Il explique comment les droits de PI créent des droits exclusifs temporaires qui protègent les investissements consacrés à la recherche et à certaines activités créatives, et en quoi ils constituent un mécanisme essentiel afin de promouvoir l'innovation, la croissance économique et, par extension, le bien-être des consommateurs.

Les droits de PI jouent un rôle de plus en plus important et étendu dans l'activité économique – et également dans la concurrence sur le marché. Cette évolution est largement liée à la transformation numérique et à la mondialisation de l'économie, sujets que le Comité a traités à de multiples occasions. En outre, l'interaction entre le droit de la concurrence et le droit de la PI s'est accrue, sous le double effet de la transformation numérique de l'économie et de l'importance grandissante des actifs incorporels dans l'économie globale.

Les droits de propriété intellectuelle (DPI) visent à promouvoir l'innovation et la créativité en garantissant un équilibre entre la protection des droits des inventeurs ou des créateurs, et les incitations au développement d'innovations induites ou cumulatives. La concession de licences est le principal mécanisme permettant de diffuser des innovations protégées par des DPI pendant cette période d'exclusivité. L'existence de marchés technologiques dans lesquels les détenteurs de DPI peuvent concéder leurs innovations sous licence de manière efficiente et à des conditions attrayantes, est susceptible d'avoir un effet positif sur leurs incitations à investir dans l'innovation. Les accords de licence sont généralement considérés comme ayant également des effets proconcurrentiels, qui favorisent à la fois la concurrence *ex post* et l'innovation *ex ante*.

Néanmoins, plusieurs circonstances et accords de licence suscitent des problèmes de concurrence. Tel est précisément le sujet principal de cette session – les cas dans lesquels la concession de licences de propriété intellectuelle et la concurrence poursuivent des objectifs contradictoires. Le fait que ces cas existent est connu de longue date. Au cours des dernières décennies, de nombreuses juridictions à travers le monde ont reconnu les effets potentiellement favorables à la concurrence des accords de licence, et exigent des évaluations dans l'optique des effets de ces pratiques de concession de licences, avant de pouvoir statuer sur leur caractère potentiellement anticoncurrentiel.

Cette approche est si consensuelle qu'elle a conduit à l'adoption de deux Recommandations de l'OCDE déjà très anciennes – sur l'Usage des marques et des licences de marques, en 1978 ; et sur les Accords de licences de brevets et de savoir-faire, en 1989. Ces Recommandations sont quelque peu dépassées, ce qui n'est guère étonnant. En effet, elles ne traitent pas la concession de licences de divers DPI, dont le droit d'auteur – qui est désormais économiquement plus important que les brevets. En outre, plusieurs nouveaux problèmes de concurrence, qui ne sont ni mentionnés ni visés dans ces recommandations, sont apparus depuis l'adoption des Recommandations de l'OCDE. Il s'agit notamment des maquis de brevets, des normes technologiques, des brevets essentiels à une norme, de la question des redevances équitables, raisonnables et non discriminatoires (*fair, reasonable and non discriminatory*, ou FRAND) et de la cession obligatoire de licence. Le Président souligne que bien que cette Table ronde n'ait pas pour objectif de mettre ces Recommandations à jour, cette session pourrait être pensée comme un travail préparatoire à cet effet.

Le Président présente ensuite les intervenants invités. À savoir : M^{me} Koren Wong Ervin, conseil juridique chez Qualcomm et professeur de droit à l'UIBE en Chine, et, auparavant, à l'Université George Mason aux États-Unis ; M. le Prof Herbert Hovenkamp, de l'Université de Pennsylvanie ; M. le Dr Thomas Vinje, directeur du département concurrence du cabinet d'avocats Clifford Chance, basé à Bruxelles ; et M. le Prof Carl Shapiro de l'Université de Berkeley.

Le Président explique ensuite que nous avons reçu treize contributions et décrit la manière dont il a l'intention de structurer la session. Il propose de commencer la session par une discussion sur l'interaction entre la PI et le droit de la concurrence en général, avant de passer à quelques contributions nationales qui décrivent plusieurs exemptions de la PI aux règles du droit de la concurrence. La discussion se concentrera ensuite sur les brevets essentiels à une norme et les conditions FRAND, avant de s'intéresser finalement aux efforts déployés plus largement par les autorités de la concurrence de plusieurs juridictions afin d'appliquer le droit de la concurrence à la concession de licences de PI.

Il donne ensuite la parole au **Secrétariat de l'OCDE**, qui replace la table ronde dans le contexte de plusieurs axes de travail de l'OCDE dans le domaine des droits de PI et de la transformation numérique de l'économie. Ces axes de travail incluent le projet « Vers le numérique », le projet en cours d'examen et d'actualisation de toutes les Recommandations de l'OCDE, et un projet à long terme entrepris par le Comité de la concurrence de l'OCDE sur le thème « Droits de PI et concurrence ». Toutes ces initiatives ont lieu dans le contexte de l'augmentation du nombre des droits de PI autour du monde, de leur puissance croissante et de l'importance économique grandissante des industries reposant sur l'utilisation intensive de la PI.

Le Secrétariat décrit ensuite la manière dont les travaux passés de l'OCDE sur la PI et le droit de la concurrence – non seulement les axes de travail qui viennent d'être décrits, mais également plusieurs tables rondes antérieures organisées par le Comité de la concurrence dans le domaine des droits de PI et de la transformation numérique de l'économie – se sont concentrés sur les brevets et sur l'interaction

entre concurrence et innovation. Cela signifie que l'OCDE – tout comme les acteurs de la concurrence – ne s'est pas réellement intéressée à d'autres droits de PI, alors même qu'ils représentent l'essentiel de l'activité économique liée à la PI. Récemment, le Comité s'est également consacré principalement aux normes et aux brevets essentiels à une norme, bien qu'ils ne constituent pas l'essentiel de l'activité des autorités de la concurrence, comme le font apparaître les contributions nationales à cette table ronde.

L'examen des pratiques passées et actuelles révèle que l'application du droit de la concurrence dans le domaine des DPI suit des principes bien établis, dont les grandes lignes figurent dans les Recommandations de l'OCDE sur les DPI. Toutefois, ces Recommandations sont quelque peu dépassées – celle sur les Marques adopte une approche reposant sur la forme, qui n'est plus suivie par les membres de l'OCDE, ni soutenue par la Recommandation de l'OCDE la plus récente sur les Accords de licences de brevets et de savoir-faire. Pour sa part, cette dernière Recommandation traite uniquement d'un nombre limité de DPI et n'aborde pas des défis et des questions plus récentes qui ont surgi dans ce domaine, ce qui n'est guère surprenant. Le Secrétariat conclut en disant qu'il espère que la discussion d'aujourd'hui conduira à identifier des principes consensuels qui pourraient sous-tendre une mise à jour des Recommandations de l'OCDE sur les DPI.

Le **Président** met ensuite l'accent sur le fait que la session d'aujourd'hui n'a pas pour objet de décider de mettre les Recommandations à jour, mais simplement d'évaluer l'état du débat et de la pratique en ce qui concerne les DPI.

Zones de convergence et de divergence dans les approches, en droit de la concurrence, de la concession de licences de PI

Le Président donne ensuite la parole à **M^{me} Koren Wong-Ervin**, qui commence par exposer les domaines de convergence et de divergence dans l'application du droit de la concurrence. Elle explique que les DPI, y compris les brevets essentiels à une norme, ne conduisent pas nécessairement à générer un pouvoir de marché. L'identification d'un pouvoir de marché exige plutôt une analyse au cas par cas, sur la base des faits spécifiques en cause. Par ailleurs, il existe des différences, sur le plan international, en ce qui concerne la manière dont les évaluations dans l'optique des effets sont réalisées autour du monde.

Elle cite plusieurs juridictions qui semblent adopter des présomptions ou quasi-présomptions en vertu desquelles des brevets appartenant à une norme auront un pouvoir de marché s'ils sont indispensables et s'il n'existe aucune norme de substitution. Cette position semble refléter l'idée généralisée en économie selon laquelle la normalisation confère généralement un pouvoir monopolistique. Toutefois, la recherche empirique démontre que si la normalisation peut parfois conférer un pouvoir monopolistique, elle tend le plus souvent à couronner des vainqueurs.

En outre, l'absence de norme de substitution ne signifie pas que le titulaire d'un brevet essentiel à une norme aura nécessairement un pouvoir monopolistique, car il

pourrait exister des contraintes concurrentielles. Ces contraintes peuvent être liées aux conditions imposées par les organisations de normalisation, que les titulaires de brevets essentiels à une norme acceptent car ils sont incités à promouvoir l'adoption généralisée de leurs brevets essentiels à une norme. Elles peuvent également découler de la complémentarité de plusieurs brevets essentiels à une norme dans le cadre de cette norme, qui crée un lien entre les brevets et les titulaires de brevets, de telle sorte que les conditions d'octroi des licences de brevets essentiels à une norme ne peuvent pas être fixées de manière unilatérale.

M^{me} Wong-Ervin décrit ensuite un autre domaine de divergence internationale, à savoir le cadre analytique utilisé pour identifier des effets anticoncurrentiels. Bien que la plupart des juridictions considèrent un scénario contrefactuel ou le monde hypothétique « hormis », la manière dont ce scénario contrefactuel est identifié varie. Dans un nombre significatif de juridictions, la comparaison est faite avec un monde où il existe une certaine forme de concession de licences, tandis qu'aux États-Unis, les autorités de la concurrence considèrent explicitement ce qui se serait produit si le détenteur des DPI avait exercé d'emblée son droit fondamental de ne pas concéder une licence. Le refus d'octroi de licence constitue un autre domaine de divergence. La théorie des installations essentielles, qui permet de considérer les refus d'octroi de licence comme anticoncurrentiels, est acceptée dans plusieurs juridictions, tels l'UE, le Japon et la Corée. Aux États-Unis, toutefois, cette théorie est considérée avec scepticisme et les refus inconditionnels d'octroi de licence sont généralement licites.

M^{me} Wong-Ervin conclut ensuite en examinant la question de savoir si le refus d'octroi de licence peut conduire à une éviction anticoncurrentielle au niveau du composant. À cet égard, il existe une différence clé entre les entreprises qui sont intégrées verticalement et celles qui ne sont pas intégrées. Si un détenteur de DPI ne fait que concéder des licences de brevets sans être actif sur le marché en aval, il n'a pas de rivaux à exclure sur ce marché en aval. En revanche, un détenteur de DPI intégré verticalement qui non seulement concède ces DPI sous licence mais vend également un composant sur un marché en aval, peut avoir, dans certaines circonstances, la possibilité de comprimer les marges ou d'évincer autrement des fabricants rivaux de ce composant. Toutefois, une étude réalisée par M^{me} Wong-Ervin et M. Jorge Padilla démontre qu'un détenteur de DPI intégré verticalement ne sera pas en mesure de procéder à cette éviction pour autant qu'il ne revendique pas la protection de ses brevets au niveau du composant (c'est-à-dire s'il laisse les fabricants de ce composant libres de vendre leurs produits sans crainte d'une action en contrefaçon), et concède ses DPI sous licence aux fabricants du produit final à des conditions FRAND, indépendamment du lieu où le fabricant du produit final s'approvisionne en composants. En effet, l'ensemble brevets et composants peut être répliqué par les fabricants du produit final dans des conditions proconcurrentielles, qui peuvent assembler les composants du rival non intégré avec les DPI de l'entreprise intégrée verticalement.

Le **Président** remercie M^{me} Koren-Ervin d'avoir ainsi cartographié certaines des zones de convergence et de divergence internationale en ce qui concerne la

concession de licences de propriété intellectuelle, et donne la parole au Prof. Herbert Hovenkamp.

M. Hovenkamp commence par présenter brièvement la concession de licences de propriété intellectuelle aux États-Unis. Il souligne qu'il est très important, en droit américain, d'opérer une distinction entre les simples refus unilatéraux d'octroi de licences et les refus conditionnels. Déjà en 1914, le Congrès a jugé que bien qu'une entreprise ait le droit de ne pas concéder une licence de brevet, il serait illégal qu'elle refuse d'accorder cette licence de brevet, excepté en la subordonnant à une condition ou une obligation imposant au preneur de ne pas commercialiser les produits d'un concurrent (c'est-à-dire en faisant de la licence une vente liée ou en convenant d'une distribution exclusive).

Une réforme intervenue en 1988 a de nouveau clarifié que les refus unilatéraux d'octroi de licences n'équivalent pas à une exploitation abusive de brevets. Toutefois, l'étendue de cette exemption fait l'objet d'une controverse. La FTC semble avoir adopté une position cohérente avec le texte adopté par le Congrès, en considérant que cette disposition ne crée pas une exemption générale en vertu de la législation antitrust, mais s'applique uniquement à la doctrine sur l'exploitation abusive de brevets. En conséquence, M. Hovenkamp estime que la question de savoir si un refus unilatéral et inconditionnel d'octroi de licence peut violer la législation antitrust n'est pas close. En toute hypothèse, les refus conditionnels sont toujours prohibés par la législation antitrust, dans des situations telles que la vente liée, la distribution exclusive, les remises de fidélité ou d'autres formes de distribution « quasi-exclusive ».

L'interaction entre les DPI et les restrictions liées au marché de produits constitue un autre sujet de préoccupation. Dans deux affaires anciennes, *Beaman v. National Herald* et *General Electric*, la Cour suprême américaine a malheureusement permis que le prix sur le marché de produits soit fixé via des licences de brevets. Le ministère américain de la Justice a vigoureusement tenté pendant un demi-siècle de renverser la décision *General Electric*, mais à l'exception des *dicta* de la décision *Actavis* limitant *General Electric* à des accords de prix entre un seul donneur et un seul preneur, ces efforts sont restés vains.

Toutefois, la plupart des autres restrictions impliquant des produits brevetés sont soumises aux principes traditionnels de la législation antitrust – par exemple, des restrictions territoriales, telles des clauses de localisation ou d'utilisation finale, sont normalement soumises à une appréciation selon une « règle de raison ». Dans certains cas, les pratiques peuvent être évaluées selon la règle de l'opposition absolue (« *per se* »). Ce domaine suscite une préoccupation particulière, dans la mesure où, bien qu'il soit facile de faire la distinction entre des brevets et des produits, il se peut dans certains cas, en présence de produits qui incorporent une diversité de brevets, que le brevet soit également un produit (par exemple, des molécules qui sont des médicaments). Dans ces circonstances, il est difficile de distinguer une restriction applicable au brevet d'une restriction applicable au produit lui-même.

M. Hovenkamp évoque ensuite les communautés de brevets et les concessions réciproques de licences. Selon la vision traditionnelle, les communautés de brevets sont considérées comme des groupes de compléments parfaits ou au moins de compléments solides, qu'il conviendrait d'encourager étant donné qu'elles rassemblent des technologies complémentaires qui donnent elles-mêmes des opportunités de créer de nouveaux produits innovants. En revanche, les communautés de brevets concurrents ne devraient pas être encouragées étant donné qu'il est inutile d'avoir deux brevets substituables l'un à l'autre pour produire quelque chose, et que ces communautés de brevets créent des opportunités d'accords de fixation des prix, de double marginalisation ou de redevances dites en cascade. Toutefois, cette vision est quelque peu irréaliste, étant donné que la plupart des communautés sont créées dans des marchés de haute technologie et rassemblent des brevets complexes (et un mixte complexe de brevets), sans aucun contrôle de la question de savoir si les brevets sont des brevets de substitution ou des brevets complémentaires. Il serait probablement préférable de voir les communautés de brevets comme un outil de contournement qui réduit les coûts de transaction et les frais de justice.

Le Président donne ensuite la parole au **Prof. Carl Shapiro**. M. Shapiro commence par souligner que bien que le droit des brevets varie d'un pays ou d'une juridiction à l'autre, la politique de la concurrence devrait considérer qu'un brevet est tout ensemble de droits, quel qu'il soit, qui a été conféré à l'entité ayant obtenu ce brevet – et cet ensemble comporte de nombreux aspects, notamment l'étendue du droit d'exclusion, la question de savoir si les mesures correctives disponibles sont des redevances ou des ordonnances, ou les procédures permettant de vérifier si des brevets sont invalides.

La concession d'une licence de brevet est un mécanisme qui permet de diffuser l'innovation en contrepartie de redevances raisonnables. L'équilibre entre les redevances et les ordonnances est important, étant donné que les ordonnances peuvent récompenser les titulaires de brevets dans une mesure excessive. En particulier, si des investissements sont réalisés par l'exploitant d'un brevet et si le titulaire de ce brevet peut ensuite obtenir une ordonnance à son encontre, le titulaire du brevet pourrait alors bénéficier d'un pouvoir de négociation excessif et finalement obtenir des redevances excessives. Cette perspective incite le titulaire du brevet à créer une situation de « hold-up de brevet », ce qui constitue un problème grave selon tous les économistes qui ont étudié les coûts de transaction.

M. Shapiro évoque un second point, à savoir le caractère probabiliste de la validité des brevets, étant donné qu'un nombre croissant de brevets sont délivrés dans des délais courts par les offices des brevets et que certains de ces brevets seront ensuite jugés invalides s'ils sont contrôlés. Il est très important d'éliminer ces brevets et de disposer d'une procédure pour ce faire, de telle sorte que la concurrence ne soit pas bloquée par des délivrances de brevets qui ne récompensent pas l'innovation.

Les deux problèmes ci-dessus sont traités par le droit des brevets, mais un troisième problème, le refus d'octroi de licence, est spécifique au droit de la concurrence. Le refus unilatéral d'octroi de licence est largement perçu comme l'exercice légitime

de droits de PI. La question est de savoir que faire lorsque des conditions commencent à être attachées à ces refus. Plusieurs restrictions à la licence, notamment les restrictions au domaine d'utilisation exclusive, sont généralement considérées comme ayant des effets favorables à la concurrence. Toutefois, dès que des conditions sont imposées à une licence, des problèmes de comportements collusoires ou d'éviction anticoncurrentielle peuvent surgir. En d'autres termes, dès que des conditions sont attachées à une licence, leurs effets sur la concurrence seront examinés en procédant à l'analyse traditionnelle.

Un quatrième problème concerne les maquis de brevets et les redevances en cascade. Un même produit peut potentiellement enfreindre des douzaines voire des centaines de brevets, ce qui crée beaucoup de problèmes et de complexités. La solution évidente afin d'y remédier consiste à mettre en place des concessions réciproques de licences, des communautés de brevets et d'autres mesures afin de tailler dans ce maquis. L'approche traditionnelle privilégie la mise en commun de brevets de substitution, mais il est difficile aujourd'hui d'évaluer si les brevets d'une communauté sont des substituts ou des compléments.

Il est donc difficile de séparer la combinaison proconcurrentielle de brevets complémentaires de la combinaison anticoncurrentielle de brevets de substitution. Cette situation conduit finalement à la concession réciproque de licences de communautés de brevets, ce qui soulève des questions à propos des brevets essentiels à une norme. Des problèmes surgissent à propos des brevets essentiels à une norme lorsqu'un produit utilise de nombreux brevets, de telle sorte qu'un même produit (par ex., un smartphone) peut enfreindre un grand nombre de brevets. C'est ce qui s'est produit par le passé (par ex., pour les machines à coudre ou les avions) mais aujourd'hui nous avons également un empilement de normes. Le fait que deux brevets sont des compléments dans le cadre d'une norme ne signifie pas qu'ils n'ont pas de pouvoir de marché, si chacun est un brevet essentiel à une norme dans le contexte de communautés de brevets essentiels à une norme – mais signifie plutôt qu'il peut exister de multiples monopoles concernant un produit, conduisant à des redevances en cascade.

Le Président demande ensuite au **Dr. Vinje** d'exposer la position de l'Union européenne sur la concession de licences de propriété intellectuelle. M. Vinje commence par souligner la grande similitude entre le droit de l'UE et celui d'autres pays du monde sur plusieurs sujets. Pour commencer, les accords de licence qui contiennent des clauses assimilables à des accords collusoires de fixation des prix ou de restriction de la production, sont généralement prohibés *en soi*, et la plupart des autres clauses des accords de licence (par ex., restriction au domaine d'utilisation, obligation de rétrocession et autres clauses similaires) sont soumises à un test d'évaluation de leurs effets, en mettant en balance les effets pro et anticoncurrentiels. La législation sur les communautés de brevets est également très similaire dans les différents pays du monde.

Il existe certains domaines où la législation de l'UE diffère de celle d'autres juridictions. L'un d'eux concerne l'interdiction européenne des restrictions

territoriales, qui est liée à l'origine même du droit de l'UE et à l'élimination des barrières commerciales.

Le refus d'octroi de licence est l'autre grand domaine de divergence entre les États-Unis et le reste du monde, mais il ne faut pas en exagérer l'importance. En Europe, le nombre de cas est limité et il semble y avoir beaucoup d'agitation à propos de ces différences qui sont plutôt limitées en pratique, étant donné que les conditions requises pour faire reconnaître le caractère anticoncurrentiel d'un refus d'octroi de licence sont plutôt rigoureuses. En effet, le refus d'octroi de licence ne sera abusif que lorsque la propriété intellectuelle est un ingrédient indispensable pour permettre l'émergence de nouveaux produits ou de développements technologiques, de manière à éliminer toute concurrence sur le marché en aval, et si le preneur prospectif n'a pas l'intention de cloner le produit du détenteur dominant du DPI concerné. Les critères de base sont les suivants. En outre, les tribunaux ont suggéré qu'il existerait des justifications objectives dans le cas où une cession obligatoire de licence aurait pour effet d'entraver des incitations à innover.

Le **Président** intervient ensuite pour expliquer que les présentations ont permis de se faire une idée claire des domaines de convergence et de divergence potentielle au niveau international, en matière de concession de licences de propriété intellectuelle

2. L'interface entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle

Le Président ouvre ensuite la discussion de la table ronde sur les contributions reçues à propos de l'interaction entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle, et invite la Colombie à prendre la parole.

La **Colombie** commence par évoquer la relation entre la propriété intellectuelle, la concurrence, la croissance et le développement économique dans la région. La Colombie a évalué l'impact des brevets sur la croissance économique et le développement, thème qui a fait l'objet de peu d'études dans sa région géographique. La Colombie est parvenue à la conclusion que les droits de PI peuvent contribuer à environ 10% de la croissance du PIB de la région.

La Colombie souligne également que son système présente la particularité que l'autorité de la concurrence est également l'office de la propriété intellectuelle. Cet élément s'est révélé important dans une récente affaire de concurrence où l'autorité a enquêté sur la question de savoir si une entité collective gérant des droits d'auteur abusait de sa position dominante. Cette enquête a mis en lumière le rôle important que l'autorité de la concurrence joue pour protéger non seulement la concurrence sur le marché, mais également l'innovation protégée par des droits de propriété intellectuelle – non seulement par ses efforts d'application de la loi mais également par ses études empiriques.

Le Président donne ensuite la parole au BIAC, qui met en garde contre l'intervention effrénée du droit de la concurrence dans des affaires concernant des droits de PI. Le **BIAC** exprime la crainte que l'intervention du droit de la

concurrence puisse impacter le fonctionnement du système de PI, ce qui aurait par ricochet un impact sur les incitations à l'innovation. La raison même de l'existence du droit de la propriété intellectuelle et de la protection des brevets est la volonté de protéger la R&D et l'innovation et, par voie de conséquence, la croissance économique. La protection de la PI permet aux détenteurs de DPI et aux innovateurs d'essayer de récupérer des investissements qu'ils ont réalisés dans des projets, que ceux-ci aient été couronnés de succès ou non. Le droit de la PI institue déjà un équilibre très prudent entre les récompenses, les efficiences statiques et la diffusion de l'innovation. Il en découle que le droit de la concurrence ne devrait pas être utilisé pour corriger des défaillances potentielles du système de PI. Un précédent intervenant a dit qu'il est important d'éliminer les DPI invalides ; toutefois, cette tâche incombe aux tribunaux compétents en matière de propriété intellectuelle, et non aux autorités de la concurrence.

Le droit de la concurrence ne devrait intervenir à propos des DPI qu'à condition qu'il existe de bons motifs d'intervention. Cette intervention ne peut être justifiée que dans de rares circonstances liées au refus d'octroi de licence. L'abus potentiel de DPI, par exemple la fourniture d'informations trompeuses aux offices des brevets, constitue un autre domaine d'intervention. Enfin, cet abus potentiel peut prendre la forme d'une procédure abusive intentée sur le fondement de DPI, c'est-à-dire une action engagée non pas pour faire prévaloir une position légitime, mais uniquement pour harceler l'autre partie, et ce dans le cadre d'un plan visant à exclure un concurrent.

En ce qui concerne les communautés de brevets, le BIAC reconnaît l'existence de problèmes en ce qui concerne le type de brevets qui en font partie, mais les autorités de la concurrence ont défini des règles de gouvernance très détaillées et très utiles pour les communautés de brevets, y compris la sélection des DPI essentiels et non essentiels.

Le BIAC estime, en ce qui concerne les brevets essentiels à une norme, que les tribunaux sont mieux placés que les autorités de la concurrence pour fixer des taux de redevance, et que les tribunaux font actuellement du bon travail dans le domaine des licences FRAND, de telle sorte que les autorités de la concurrence ont peu de raisons d'intervenir. En ce qui concerne les taux de redevance discriminatoires, une précédente table ronde est parvenue à la conclusion que les effets de la discrimination par les prix sont ambigus. Le BIAC part du principe que les mêmes conclusions s'appliquent également à la concession de licences de brevets et à la pratique de taux de redevance potentiellement discriminatoires.

Le **Président** convient avec le BIAC qu'il doit exister de bonnes raisons pour que les autorités de la concurrence interviennent dans des affaires de DPI.

3. Exemptions de la PI aux règles du droit de la concurrence

Le BIAC a par ailleurs proposé que les domaines d'intervention du droit de la concurrence soient très limités, ce qui signifie que le message du BIAC est que l'Australie se fourvoie, étant donné qu'elle supprime actuellement des exemptions

de la PI aux règles du droit de la concurrence. Le Président demande à l'Australie d'expliquer les motifs sous-jacents à cette évolution.

L'**Australie** fait observer qu'une exemption étroite et technique, qui a été mise en place en 1965 mais n'a jamais été utilisée avec succès, sera supprimée en septembre 2019, à la suite d'une campagne menée par l'ACCC depuis 20 ans. Cette exemption reflétait l'opinion, qui n'est pas partagée actuellement, selon laquelle les DPI sont incompatibles avec le droit de la concurrence. L'ACCC rédige également des principes directeurs qui aideront les parties à s'adapter à la situation après la suppression de l'exemption.

La récente réforme de l'exemption de la PI en Australie vise à garantir que tous les comportements dans le contexte de la PI satisfont aux critères du droit de la concurrence. Toutefois, la Harper Review a recommandé en 2015 que les accords de distribution verticaux, qui incluent certains types de concession de licences de propriété intellectuelle, puissent être plus largement exemptés des interdictions applicables aux pratiques de cartel. Dès lors, ces accords ne seraient plus interdits en vertu du droit de la concurrence australien, à moins qu'ils n'aient pour objet, pour effet ou pour effet probable de réduire la concurrence dans une mesure substantielle. L'ACCC s'est opposée à cette mesure, considérant qu'elle devrait alors non seulement prouver l'existence d'effets anticoncurrentiels dans le cadre d'une évaluation normale sous l'empire du droit de la concurrence, mais se trouverait également confrontée à une nouvelle exemption qui pourrait lui être opposée pour peser contre l'appréciation de l'affaire par l'ACCC.

Le **Président** invite ensuite le Canada à s'exprimer à propos de l'exemption qui fait échapper des pratiques relatives à la propriété intellectuelle aux dispositions du droit de la concurrence sanctionnant certains types d'abus de position dominante. Il demande également au Canada d'expliquer comment cette exemption pourrait s'accorder avec une récente affaire d'abus concernant une pratique relative à une PI qui n'était néanmoins pas exemptée.

Le **Canada** explique que ses lois instituent une exemption qui s'applique uniquement à l'exercice d'un droit ou à la détention d'un intérêt découlant d'une Loi du Parlement en matière de propriété intellectuelle. Toutefois, le Bureau estime que cette exemption ne l'a pas empêché d'appliquer le droit de la concurrence, étant donné que l'exemption ne couvre pas des pratiques qui vont au-delà du simple exercice de droits de propriété intellectuelle. Le Bureau peut chercher à limiter les conditions dans lesquelles le détenteur de PI peut concéder sous licence, transférer ou vendre la PI, c'est-à-dire à qui et comment, mais il ne conteste pas le droit fondamental du détenteur de PI de ce faire. L'approche du Bureau est définie dans ses lignes directrices pour l'application de la loi en matière de propriété intellectuelle, qui couvrent tous les types de droits de propriété intellectuelle et identifient les circonstances dans lesquelles la concession de licences de propriété intellectuelle qui va au-delà du simple exercice d'un droit de PI peut équivaloir à une pratique anticoncurrentielle.

Un récent exemple d'application du droit de la concurrence dans ce domaine a concerné les restrictions imposées par le Toronto Real Estate Board (« TREB ») en

matière d'utilisation et de divulgation en ligne de certaines données importantes, provenant d'une base de données contenant des listings de biens immobiliers. Le TREB a invoqué son droit d'auteur sur la base de données et l'exemption du DPI correspondant, et ajouté qu'il ne pouvait pas s'être livré à une conduite anticoncurrentielle car il ne faisait qu'exercer son droit de PI. Le Tribunal de la concurrence a jugé qu'étant donné que le TREB avait assorti l'utilisation de sa PI de conditions anticoncurrentielles, il n'était pas protégé par l'exemption. La Cour d'appel a confirmé ce jugement, en déclarant que la conduite ne serait exempte des règles du droit de la concurrence que dans le cas où le refus d'octroi de licence résulterait exclusivement de l'exercice des droits de PI. Cette décision s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence et de la pratique antérieure du Bureau.

Le **Président** s'adresse ensuite à la Russie, où l'existence de multiples exemptions en faveur de la PI est une caractéristique de l'application du droit de la concurrence dans ce domaine.

La **Russie** s'est engagée à maintenir un équilibre entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, à la fois en promouvant l'innovation et en garantissant que les droits de PI puissent être exercés. D'une part, le détenteur de droits de PI doit avoir la liberté de créer et d'exploiter la création protégée par ses droits de PI, et d'obtenir une rémunération raisonnable en contrepartie ; d'autre part, les utilisateurs finaux et les fabricants doivent bénéficier de conditions raisonnables d'accès aux droits de PI.

Les exemptions en faveur de la PI mentionnées par le Président cherchent à garantir que les droits de PI créent des incitations en faveur de l'innovation et de la recherche. Elles posent l'un des principaux défis à l'application du droit de la concurrence dans ce domaine, mais n'ont pas empêché le FAS d'enquêter sur des affaires dans lesquelles les défendeurs invoquaient ces exemptions en faveur des droits de PI, qui ont conduit à plusieurs jugements controversés.

On peut citer, à titre d'exemple, le refus de Teva de livrer certains médicaments sur le marché russe, au motif qu'elle était propriétaire d'une protection de marque spécifique l'autorisant à adopter cette conduite. Un second cas concerne Google, qui a également invoqué ses droits de PI sur le logiciel de ses appareils mobiles, à titre de moyen de défense afin de justifier plusieurs de ses pratiques de concession de licence. Ces moyens de défense n'ont pas été acceptés par les tribunaux. Toutefois, certaines décisions judiciaires ont reconnu des exemptions en faveur des droits de PI, ce qui a empêché d'enquêter sur un certain nombre de pratiques. Le FAS travaille à supprimer ces exemptions, qui sapent l'application effective du droit de la concurrence.

4. Brevets essentiels à une norme et licences FRAND

Le **Président** aborde à présent la question des brevets essentiels à une norme et demande aux experts de présenter leurs observations sur la question.

M^{me} Wong-Ervin commence par noter qu'elle reconnaît que le fait que les brevets essentiels à une norme sont des compléments parfaits ne signifie pas que les titulaires de ces brevets ne détiendront pas, à l'occasion, un pouvoir de marché. Elle soutient simplement que la complémentarité des brevets peut être une contrainte concurrentielle qui devrait être prise en compte, et que la normalisation fournit une structure institutionnelle qui contribue à internaliser le problème du « hold-up ».

M^{me} Wong-Ervin aborde ensuite la discussion sur les effets des brevets essentiels à une norme en termes de bien-être des consommateurs. Elle mentionne une étude qu'elle a réalisée avec le Dr. Padilla qui démontre que les redevances applicables à l'appareil terminal conduisent à des prix inférieurs par rapport aux redevances applicables au niveau du composant (par ex., la puce), en raison d'opportunités plus importantes de double marginalisation, d'absence d'alignement des incitations par le créateur et l'exploitant, et d'incitations accrues à répercuter les taux de redevance dans le dernier cas. Cette conclusion suggère que la concession de licences sur l'appareil terminal pose moins de problèmes de redevances en cascade que la concession de licences au niveau du composant.

Certains ont soutenu que dans le cas où la licence serait concédée aux fabricants de composants plutôt qu'aux fabricants d'appareils terminaux, les fabricants de composants seraient dans l'incapacité de répercuter des prix plus élevés car ils n'auraient pas de pouvoir de marché. Toutefois, la double marginalisation peut résulter simplement de la capacité à facturer au-dessus des coûts marginaux. En outre, s'il existe des coûts à l'échelle de l'industrie ou des coûts communs, telles des hausses des redevances, plus le marché est concurrentiel et plus ces coûts accrus seront répercutés sur le consommateur final.

M^{me} Wong-Ervin évoque ensuite les discussions concernant la légitimité des requêtes d'ordonnance dans le contexte des brevets essentiels à une norme. Aux États-Unis, le droit traditionnel de la concurrence ne s'oppose pas à l'introduction de demandes d'ordonnance afin de faire sanctionner l'utilisation d'un brevet non autorisée en vertu d'une licence, mais le demandeur peut lui-même être sanctionné si sa requête procède de méthodes de concurrence déloyale. Au sein de l'UE, une discussion a eu lieu sur la question de savoir si la procédure de négociation définie par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Huawei c. ZTE*, afin de déterminer si une ordonnance relative à un brevet essentiel à une norme est anticoncurrentielle, fournit un régime de protection ou une feuille de route afin de s'exonérer de toute responsabilité. Récemment, les tribunaux du Royaume-Uni ont jugé qu'il s'agit d'un régime de protection. M^{me} Wong-Erwin souligne également que plusieurs juridictions asiatiques imposent une responsabilité en vertu du droit de la concurrence lorsqu'une ordonnance est utilisée contre un preneur disposé à conclure une licence afin d'obtenir des redevances abusivement élevées.

En ce qui concerne la question de savoir si le refus de concéder une licence sur un brevet essentiel à une norme pose un problème sur le plan économique, il a été indiqué précédemment comment le recours à des ordonnances confèrera au titulaire d'un brevet essentiel à une norme un pouvoir de négociation qui pourrait l'inciter à bloquer la concession de licences sur son brevet de manière à obtenir des

redevances plus élevées. Toutefois, si le titulaire d'un brevet essentiel à une norme ne peut pas solliciter le prononcé d'une ordonnance à titre de mesure corrective, son seul recours consistera habituellement à solliciter des dommages-intérêts pour le montant des redevances dues. Cette situation a pour conséquence d'inciter l'exploitant à résister en bloquant le paiement, car le fait de se retirer d'une négociation lui permet de différer le paiement et de contraindre le titulaire du brevet essentiel à une norme à le poursuivre dans le monde entier, généralement sur une base brevet par brevet. En d'autres termes, le blocage peut être une stratégie attrayante pour les exploitants, et cet élément devrait être pris en compte pour déterminer si les requêtes d'ordonnance sont anticoncurrentielles.

Pour finir, M^{me} Wong-Ervin évoque la question des ventes liées ou groupées, qui sont un autre domaine de divergence internationale. Tandis que certaines juridictions déterminent l'existence d'une infraction en se concentrant sur la question de savoir si le détenteur de PI contraint ou force quelqu'un à prendre quelque chose qu'il ne veut pas, les autorités de la concurrence d'autres juridictions déterminent s'il existe une éviction anticoncurrentielle en procédant à une analyse des effets, généralement sur la base d'une théorie de l'effet de levier ou du maintien d'un monopole.

M. Hovenkamp examine la manière dont les brevets essentiels à une norme sont et devraient être évalués sous l'empire de la législation antitrust américaine. Il indique que le refus pur et simple de concéder une licence pose des problèmes délicats. Il est largement reconnu que le créneau permettant de faire juger que ces pratiques équivalent à des violations du droit de la concurrence doit être étroit, mais, étant donné les engagements FRAND, ce créneau ne doit pas être entièrement fermé. Il cite l'affaire *Microsoft* dans l'UE, qui adopte pour les droits de PI une approche similaire à celle de l'affaire *Aspen Skiing* aux États-Unis, et fournit une feuille de route utile à cet égard.

En ce qui concerne le refus conditionnel d'octroi de licence, la loi est plus claire – les pratiques qui équivalent à une vente liée ou groupée, par exemple la politique « pas de puce, pas de licence », peuvent violer les règles de la législation antitrust. Pour ce qui est de l'assiette de la redevance de licence (c'est-à-dire la question de savoir si une licence doit être consentie aux fabricants de composants ou aux fabricants de l'appareil terminal), M. Hovenkamp considère que cela ne semble pas être un problème de droit de la concurrence. Cette question concerne plutôt l'épuisement des recours sur le fondement de la PI au titre de produits mis sur le marché ; il s'agit d'une question de droit de la propriété intellectuelle et non de droit de la concurrence, en dépit des analogies qui peuvent les rapprocher en l'occurrence.

Enfin, en ce qui concerne le droit d'un titulaire de brevet essentiel à une norme d'obtenir une ordonnance, M. Hovenkamp considère qu'il s'agit essentiellement d'une affaire de droit des contrats et de droit de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, les droits d'obtenir une ordonnance en vertu du droit de la concurrence sont beaucoup plus agressifs qu'en vertu du droit des brevets, car ils habilite les demandeurs à obtenir des ordonnances si une infraction au droit de la concurrence

a été commise. Le prononcé de ces ordonnances peut être justifié si l'infraction est constatée.

M. Shapiro commence par faire observer que, selon lui, un brevet essentiel à une norme est susceptible d'avoir un pouvoir de monopole *ex post* après qu'une norme a été adoptée, appliquée et couronnée de succès. Étant donné qu'une norme aura généralement de nombreux brevets essentiels à une norme, cela signifie que de nombreux monopoles sont en jeu et se chevauchent. Une seconde question concerne le point de savoir si une norme est proconcurrentielle, sachant qu'elle reflète un accord entre de nombreux acteurs du marché, y compris des concurrents. Bien qu'elle puisse à première vue être assimilée à un accord anticoncurrentiel, une norme est réputée constituer une conduite conjointe justifiable qui est favorable à la concurrence, pour autant qu'une redevance raisonnable soit accordée.

Le problème essentiel entourant les brevets essentiels à une norme concerne les ordonnances ; en effet, si le titulaire d'un tel brevet est capable d'imposer, ou menace de manière crédible d'imposer une ordonnance, cela peut lui permettre de revendiquer des bénéfices supra-concurrentiels. Dans la mesure où le droit des contrats et le droit de la propriété intellectuelle ne restreignent pas la capacité à solliciter une ordonnance, ou si la loi sur le sujet n'est pas claire, le droit de la concurrence peut entrer en scène. Ayant dit cela, M. Shapiro note que le droit de la propriété intellectuelle et des règles FRAND claires sont le meilleur moyen de traiter le problème, et non le droit de la concurrence. Par ailleurs, il est important de rappeler que les normes FRAND sont l'aboutissement de processus concurrentiels ; dès lors, des actions qui entravent *ex post* le fonctionnement des normes FRAND entravent le fonctionnement d'un processus concurrentiel et lèsent les consommateurs, ce qui constitue un problème classique de droit de la concurrence.

Enfin, M. Shapiro évoque la récente affaire Qualcomm aux États-Unis. Il ne s'agissait pas, dans cette affaire, de statuer sur la redevance appropriée mais sur une conduite d'exclusion visant à provoquer une hausse des coûts des rivaux, le préjudice causé aux consommateurs étant constitué par des redevances excessivement élevées.

M. Vinje note que les brevets essentiels à une norme font actuellement l'objet de discussions dans le domaine de l'internet des objets. Toutefois, il semble que ces discussions n'aient fait émerger aucune question juridique nouvelle qui n'ait pas été déjà présente dans le contexte du smartphone. En pratique, il considère que nous assistons à un choc des cultures entre les détenteurs expérimentés de brevets essentiels à une norme, d'une part, et les nouveaux exploitants, d'autre part, qui peuvent ou non être des acteurs très en pointe dans leur industrie, mais qui n'ont pas d'expérience dans ce domaine.

En ce qui concerne l'application du droit dans des domaines plus traditionnels, les autorités de la concurrence européennes se sont davantage concentrées sur les problèmes de « hold-up » et de concurrence qui peuvent surgir en conséquence du prononcé d'ordonnances, mais elles ont également essayé de mettre en perspective ces problèmes et les intérêts légitimes des détenteurs de droits de propriété

intellectuelle. La Commission a adopté plusieurs décisions rendant obligatoires des engagements offerts par des entreprises, qui instaurent un équilibre entre les intérêts des détenteurs de DPI et ceux des exploitants, en introduisant une procédure de négociation qui peut limiter la possibilité de résistance des exploitants. Toutefois, c'est la Cour de justice de l'Union européenne qui a dit le droit en la matière dans l'arrêt *Huawei c. ZTE*, lequel définit un certain nombre de mesures qui, si elles ne sont pas suivies par l'exploitant, habilite le détenteur du DPI à obtenir une injonction. Simultanément, on peut craindre que cette procédure puisse potentiellement permettre aux exploitants de faire de la résistance, en suivant cette procédure mais en la faisant traîner en longueur sans payer des redevances. Cette attitude empêcherait le titulaire du brevet essentiel à une norme d'obtenir une injonction. Étant donné que la pire conséquence pour un exploitant serait de payer les redevances raisonnables fixées par un tribunal – c'est-à-dire les redevances qu'il aurait payées en tout état de cause – cela pourrait inciter les exploitants à essayer de se servir de leur position pour obtenir une réduction des redevances qu'ils paieront.

D'autres questions importantes concernent l'obligation faite aux titulaires de brevets essentiels à une norme d'offrir les conditions d'octroi d'une licence d'utilisation de ces brevets, et, en particulier, la question de savoir si cette obligation impose au titulaire du brevet d'offrir des licences à tous les arrivants, ou lui permet de limiter ces licences à un seul point de la chaîne d'approvisionnement. M. Vinje note que la question fait débat et qu'il faudrait essayer d'éviter de faire des généralisations hâtives. En effet, il faut tenir compte des spécificités de la situation et de l'industrie en cause. Autre élément important, le fait que quelqu'un n'obtienne pas une licence ne signifie pas nécessairement qu'il sera exclu du marché, étant donné qu'il peut y avoir une concession de licence à des niveaux précédents de la chaîne d'approvisionnement. La dernière question qui se pose à ce sujet est de savoir si la concession d'une licence au niveau du produit final aboutira à des redevances plus élevées, et M. Vinje pense que cela ne sera pas nécessairement le cas.

Le **Président** demande ensuite aux États-Unis d'intervenir, afin de compléter les informations qui ont déjà été données au Comité à propos de leur régime.

Les **États-Unis** commencent par commenter l'intervention de M. Shapiro. En particulier, ils soutiennent que la violation d'un engagement FRAND n'entrave pas le processus concurrentiel, étant donné que la concurrence a pris naissance plus tôt, au moment où la norme est fixée. Si quelqu'un enfreint un engagement FRAND par la suite, le droit des contrats prévoit une mesure corrective pour garantir que les participants reçoivent le bénéfice de l'opération grâce au processus concurrentiel de normalisation. En conséquence, la violation d'un engagement FRAND ne prouve pas, à elle seule, qu'un titulaire de brevet ait entravé le processus concurrentiel.

Les États-Unis évoquent ensuite le rôle des « *business reviews letters* » et particulièrement de celle que le ministère de la Justice américain a adressée à l'IEEE à propos de sa politique en matière de brevets. Les États-Unis soulignent

que ces lettres ne fournissent pas des orientations à propos des organisations de normalisation en général. En effet, chaque contexte de normalisation est différent, et ces lettres devraient être considérées comme un encouragement incitant les organisations de normalisation à penser, au-delà du contenu de ces lettres, à la manière de rédiger leurs politiques en matière de brevets afin de promouvoir l'innovation de la manière la plus efficace.

Le **Président** donne ensuite la parole à la **Corée**. La Corée souligne que bien que les droits de PI soient cruciaux pour l'innovation et la croissance économique, les différentes exploitations des droits de PI n'ont pas toutes des effets favorables à la concurrence. En ce qui concerne les brevets essentiels à une norme, la plupart des juridictions partagent l'approche de la Corée selon laquelle les brevets essentiels à une norme sont susceptibles de conférer un pouvoir de marché à leurs titulaires. En toute hypothèse, cette présomption est une présomption simple en Corée. En outre, en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence aux brevets essentiels à une norme, la Corée adopte une approche qui permet de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence.

Le droit de la concurrence coréen impose à la KFTC de publier des lignes directrices concernant l'application du droit de la concurrence aux droits de PI. C'est pourquoi la KFTC a commencé à élaborer des Lignes directrices afin de fournir des orientations et de lever les doutes dans l'esprit des acteurs du marché. Les Lignes directrices reconnaissent les effets favorables à la concurrence des brevets essentiels à une norme et de leur concession sous licence, mais identifient également des cas dans lesquels ils peuvent conduire à une concurrence déloyale et à une conduite anticoncurrentielle ; il peut s'agir, entre autres pratiques, de l'utilisation excessive de procédures de normalisation ou du fait d'exiger des conditions déloyales après qu'un brevet ait été inclus dans une norme.

En 2016, les Lignes directrices ont été revues afin de refléter les développements intervenus dans le domaine des brevets essentiels à une norme, d'améliorer la qualité des conseils donnés et d'orienter les pratiques de la KFTC en matière d'application de la loi. À titre d'exemple, les Lignes directrices établissent désormais une distinction entre les BEN *de facto* qui deviennent des normes industrielles grâce à la concurrence, et les BEN adoptés par des organismes de normalisation internationaux, qui peuvent faire l'objet d'engagements volontaires de concession de licence à des conditions FRAND.

Le **Président** se tourne ensuite vers l'UE, afin de savoir si elle souhaite ajouter un commentaire et si elle considère également, comme l'a dit un précédent intervenant, que l'arrêt *Huawei c. ZTE* a ouvert une brèche qui pourrait être utilisée par des exploitants afin de bloquer le paiement de redevances.

L'UE affirme que les décisions de la Commission européenne et l'arrêt de la Cour de justice de l'UE se combinent harmonieusement, et que l'on pourrait même dire que cet arrêt a été inspiré par l'approche antérieure de la Commission européenne. Les deux approches sont largement similaires, même s'il existe de légères différences, notamment en raison du fait que l'arrêt de la Cour n'a fixé aucun délai, contrairement aux décisions précédentes de la Commission européenne.

Néanmoins, ces décisions comme cet arrêt adoptent une approche qui traite un nombre significatif de préoccupations liées à des situations de hold-up et de blocage, même si ces préoccupations peuvent continuer de surgir. Dans ces conditions, il peut être nécessaire d'apporter quelques précisions supplémentaires, qui pourraient être données dans de futurs jugements des juridictions européennes ou nationales, ou dans des décisions de la Commission, en ce qui concerne chacune des étapes décrites dans l'arrêt *Huawei c. ZTE*.

L'UE souligne que l'approche adoptée par les institutions européennes ne porte pas sur la fixation des prix et ne fixe pas les taux de redevances des licences FRAND. Cette approche ouvre en revanche un boulevard aux parties pour parvenir à un accord, en ne laissant la décision finale aux tribunaux que dans le cas où aucun accord ne serait trouvé. Elle a le mérite d'établir un équilibre entre la volonté de permettre aux titulaires de brevets d'obtenir des ordonnances et la volonté d'empêcher qu'ils abusent de ce droit. La Commission européenne continuera de suivre attentivement la manière dont cette approche sera appliquée, et traitera les questions nouvelles au fur et à mesure qu'elles surgiront.

Le Président demande ensuite si l'UE convient que les différences par rapport aux États-Unis ne sont pas aussi importantes qu'on ne le prétend habituellement. L'UE indique que la procédure pourrait être différente, mais qu'en termes de résultat, il est difficile d'envisager un cas dans lequel un résultat différent aurait été atteint.

L'**Argentine** souligne que les juridictions dont le droit de la concurrence interdit les abus d'exploitation ont un moyen d'intervenir dans ce domaine. L'Argentine est récemment intervenue dans une affaire de droit d'auteur concernant une licence de diffusion de musique concédée par une association collective à des hôtels, qui facturait des redevances de licence excessives. Toutefois, cette conduite aurait pu refléter une lacune dans les règles régissant le montant des redevances que cette association pouvait facturer aux hôtels. Cette lacune n'a pas seulement conduit à une action de l'autorité de la concurrence, mais également suscité un plaidoyer en vue de réformer les réglementations applicables et de combler cette lacune.

L'Argentine demande en outre si une étude a déjà été consacrée à la question de savoir si l'intervention d'une autorité de la concurrence conduit à un affaiblissement de l'innovation. **M. Shapiro** note que Petra Moser et Catherine Tucker, du MIT, ont consacré des travaux intéressants à la question. Le **Président** mentionne les travaux de Aghion, mais note que ces travaux portent davantage sur le lien entre la nécessité de protéger fortement les droits de PI et le développement économique. **M. Shapiro** reconnaît qu'il n'existe aucune étude consacrée spécifiquement à l'impact de l'intervention des autorités de la concurrence sur l'innovation, et ajoute que cette étude serait probablement difficile à réaliser.

Le **Président** se tourne ensuite vers le Japon.

Le **Japon** fait observer que sa première affaire concernant un brevet essentiel à une norme a été jugée par un tribunal civil, et non par la JFTC. À la suite de l'avis selon lequel une intervention de l'autorité de la concurrence aurait été justifiée dans ce scénario, la JFTC a réalisé une étude de marché qui est parvenue à la conclusion

que des ordonnances concernant des brevets essentiels à une norme pourraient présenter des risques significatifs pour les entreprises et impacter la concurrence. En conséquence, la JFTC a modifié ses Lignes directrices afin de refléter cette conclusion et de délimiter les cas dans lesquels la JFTC devrait intervenir dans ces affaires.

À la suite d'un autre retour d'information, le Japon a mené une enquête internationale et conclu que l'application du droit de la concurrence dans le contexte de la propriété intellectuelle pourrait, dans certains pays, conduire à infliger des sanctions importantes qui pourraient nuire à l'innovation. Toutefois, ces sanctions importantes ne pourraient pas être imposées à des auteurs d'infractions au droit de la concurrence au Japon.

Au Japon, un titulaire de brevet peut aisément obtenir des ordonnances en vertu du droit de la propriété intellectuelle, ce qui affecte la négociation de licences FRAND et la concurrence sur le marché. Dans un cas au moins, un éminent acteur de marché s'est retiré du marché à la suite d'une menace d'ordonnance émanant du titulaire d'un brevet essentiel à une norme, en dépit du fait que le tribunal civil s'était prononcé contre le titulaire du brevet. Cette affaire reflète à quel point le cadre légal local, les délais et les coûts du règlement judiciaire des différends et la structure de l'industrie peuvent tous avoir un effet sur l'impact concurrentiel des ordonnances concernant des brevets essentiels à une norme, et cet enseignement devrait être pris en compte dans l'application du droit de la concurrence et les efforts de réforme.

5. Refus d'octroi de licence et Cession obligatoire de licence

Le **Président** ouvre ensuite le débat sur le dernier thème de cette table ronde, consacré au refus d'octroi de licence en dehors du contexte des brevets essentiels à une norme.

En particulier, le Président s'adresse à l'Italie et lui demande de décrire ses cas de refus d'octroi. L'**Italie** explique qu'elle a engagé un nombre limité d'actions dans des affaires de propriété intellectuelle, et plus particulièrement dans des affaires mettant en cause un refus de concession de licence, mais qu'il s'agit là d'affaires hautement spécialisées. Ces affaires ont fait l'objet d'un examen attentif et d'une analyse des effets au cas par cas, y compris en ce qui concerne les mesures correctives, afin de s'assurer de leur conformité avec la théorie du préjudice à la concurrence.

L'Italie décrit ensuite une affaire spécifique concernant une licence de droit d'auteur, dans laquelle l'autorité de la concurrence italienne a imposé pour la première fois l'obligation de concéder une licence FRAND, à titre de mesure corrective. La société concernée était une installation essentielle pour les opérations sur le marché en aval, auquel elle refusait d'accorder des licences. L'autorité de la concurrence a cherché à encourager la négociation des parties en vue de conclure une licence, mais a finalement imposé elle-même les conditions de cette licence, en raison de l'échec de la négociation et de l'existence d'un étalon de référence suffisamment clair pour pouvoir chiffrer les redevances. Dans cette affaire,

l'autorité de la concurrence se trouvait exceptionnellement dans une meilleure position que les tribunaux et a pu compléter leur action.

Le **Président** s'adresse ensuite à l'**Égypte**, qui souligne qu'elle se conforme habituellement aux meilleures pratiques et reconnaît l'importance de respecter des normes internationales comme celles qui sont posées par les juridictions européennes. L'Égypte considère que les entreprises dominantes ont l'obligation particulière de ne pas abuser de leur position dominante et de ne pas nuire à la concurrence. L'Égypte reconnaît en outre l'importance d'établir un équilibre entre les droits de PI et les objectifs du droit de la concurrence.

L'Égypte décrit ensuite trois affaires récentes ayant donné lieu à une procédure de son autorité de la concurrence, au motif du caractère anticoncurrentiel des licences concédées. Ces trois affaires concernaient toutes le secteur du sport – et, plus précisément, la retransmission d'événements sportifs – et ont abouti à des décisions conformes à la jurisprudence de l'UE en la matière. Il s'agissait respectivement des affaires Beln, CAF et FIFA.

Dans ces affaires, l'autorité de la concurrence a conclu à l'existence de comportements anticoncurrentiels, que ce soit au moyen d'un accord vertical entre l'entité détenant le droit et un distributeur, et/ou au moyen d'un abus de position dominante découlant de la propriété de droits de PI. À la suite de ces affaires, l'autorité de la concurrence a l'intention de publier des lignes directrices concernant différents aspects du droit de la concurrence, et plus particulièrement ceux qui ont trait à son interaction avec le droit de la propriété intellectuelle.

Le **Président** revient à l'UE et lui demande de commenter une récente affaire dans laquelle la Commission européenne a imposé une licence FRAND en tant que mesure corrective. Cette affaire concernait une enquête visant les plus grandes banques d'investissement mondiales et plusieurs associations dont ces banques étaient membres du conseil d'administration, à savoir Marquit et ISDA – deux associations de premier plan jouant un rôle primordial dans la fixation de plusieurs paramètres de prix pour les swaps de défaut de crédit. L'enquête a abouti à l'adoption d'un ensemble d'engagements proposés par les deux associations, y compris une nouvelle licence concédée à des conditions FRAND. Ces engagements sont valables pendant une période de 10 ans, de telle sorte qu'ils sont encore actuellement en vigueur.

Le **Pérou** demande ensuite à intervenir. Il fait observer que l'autorité de la concurrence péruvienne est également, comme celle de la Colombie, l'office de la propriété intellectuelle. Cette situation reflète l'importance des brevets pour l'activité économique, qui est également reconnue par les traités internationaux promouvant les droits de PI et facilitant leur enregistrement. Néanmoins, le droit péruvien de la propriété intellectuelle institue une exception à la protection de la propriété intellectuelle, puisqu'il permet exceptionnellement la cession obligatoire de licence si elle est conforme à l'intérêt public. Le Pérou conclut en notant qu'à ce jour le Pérou n'a eu à connaître aucune affaire de concurrence impliquant des droits de PI, mais uniquement une affaire invoquant une procédure abusive impliquant la revendication de droits de brevet.

La **Norvège** explique qu'elle permet également la cession obligatoire de licence dans l'intérêt public, dans le cadre du système de concession de licences de PI. Le pouvoir d'ordonner cette cession obligatoire de licence incombe à l'autorité de la concurrence, mais la dernière fois que cette cession a été demandée en 2009 à propos d'un vaccin, l'autorité de la concurrence a refusé de faire droit à cette demande.

6. Conclusion

Le **Président** conclut ensuite la séance. Les discussions ont révélé que les autorités de la concurrence sont très prudentes lorsqu'elles interviennent dans le domaine des droits de PI, et qu'il existe une large convergence internationale sur plusieurs sujets. Les discussions ont également mis en lumière plusieurs domaines de divergence internationale, notamment l'étendue de l'analyse dans un monde hypothétique « hormis » ou le traitement des restrictions territoriales et le refus d'octroi de licence.

En ce qui concerne le refus conditionnel d'octroi de licence, il semble qu'il existe un accord pour considérer qu'il s'agit d'un domaine suscitant des préoccupations légitimes en droit de la concurrence, et où les autorités de la concurrence pourraient juger nécessaire d'intervenir.

Pour ce qui est du refus unilatéral d'octroi de licence et des brevets essentiels à une norme, il semble qu'il s'agit d'une question controversée aux États-Unis, mais non pour plusieurs pays dont les autorités de la concurrence engagent des procédures contre ces actions, même si ces actions sont subordonnées à des conditions rigoureuses. En ce qui concerne les brevets essentiels à une norme, l'alignement est plus prononcé que le Président ne le prévoyait. En l'occurrence, la question importante est de savoir quelle est la nature du processus concurrentiel affecté, car cette nature est l'élément déterminant lorsqu'il s'agit de décider d'intervenir.