

UNIVERSITÉ PARIS II PANTHÉON-ASSAS

INSTITUT DE DROIT COMPARÉ

MASTER II Droit Européen Comparé



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Mémoire de recherche

**Un exemple de conflit entre droit de la concurrence
et droit de la propriété intellectuelle :
les brevets essentiels à une norme et licences “FRAND” dans le domaine des TIC,
en droit américain et européen.**

Anissa MENY

Sous la direction du Professeur Laurent BENZONI

Année universitaire 2018-2019

RÉSUMÉ

Les contentieux en matière de licence FRAND se multiplient. Il est difficile pour les parties de s'entendre sur ce que représente la redevance adéquate à l'exploitation d'un brevet essentiel à une norme.

Les normes et standards permettent l'interopérabilité et la compatibilité entre appareils électroniques, fabriqués par des entreprises concurrentes et proposés aux consommateurs. Les organismes de normalisation, organismes à but non lucratif, regroupant parfois des acteurs privés concurrents sur un même marché, mais aussi des acteurs publics, définissent ce que sont ces normes mises en œuvre à travers des brevets. Ces brevets sont dits « essentiels à une norme », et reconnus par ces organismes de normalisation.

Le propriétaire du brevet essentiel à une norme signe un accord contractuel avec l'organisme de normalisation, dans lequel il s'engage à délivrer des licences à des conditions dites FRAND (« *fair, reasonable and non discriminatory* »). Mais ces termes restent généraux et sont laissés à l'appréciation des parties lors de leurs négociations.

Le caractère essentiel à une norme du brevet, donne à son titulaire un important pouvoir de marché. De ce fait, il profite et parfois abuse de sa position dominante sur le marché, en imposant des redevances trop importantes pour le futur licencié souhaitant se conformer à la norme ou au standard. Ce dernier est dans une situation de faiblesse face au titulaire du brevet, puisque le détenteur des droits de propriété intellectuelle peut intenter une action en contrefaçon à l'encontre de l'utilisateur de la norme, s'il refuse de payer le montant des redevances demandé.

Les juges et arbitres sont donc parfois amenés à départager les parties et à déterminer le tarif de redevances qui répondrait à l'obligation FRAND. Ce faisant, les juges s'immiscent dans les termes du contrat et imposent un tarif de redevance qui n'est pas nécessairement satisfaisant, que ce soit pour le futur licencié, ou le titulaire du brevet.

Il est donc nécessaire que les tarifs soient fixés en amont avant l'adoption de la norme ou du standard : un montant maximal de redevance devrait être défini en prenant en compte uniquement la valeur du brevet, avant même qu'il ne soit considéré comme essentiel à la norme ou au standard.

Par ailleurs, les organismes de normalisation devraient définir les termes des contrats de licence de manière plus détaillée dans leur « *IPR Policy* » afin d'aiguiller les parties dans la détermination du montant de redevances et imposer certaines limites aux titulaires de brevet essentiels à une norme, afin qu'ils n'abusent pas de leur position dominante sur le marché, notamment à travers des demandes d'injonctions.

REMERCIEMENTS

J'adresse mes remerciements les plus sincères,

A Monsieur le Professeur Laurent Benzoni, pour avoir accepté de diriger ce mémoire, mais également pour sa disponibilité, ses conseils et son aide tout au long de la rédaction,

Madame la Professeur Marie Goré, directrice du Master 2, ainsi que toute l'équipe de l'Institut de Droit Comparé pour cette année enrichissante,

A mes parents pour m'avoir apporté un important soutien tout au long de mon parcours universitaire.

Et enfin, à mes quatre colocataires à Boston, pour leur bonne humeur, et motivation.

SOMMAIRE

RÉSUMÉ	3
REMERCIEMENTS	5
SOMMAIRE.....	6
INTRODUCTION	8
TITRE I	15
LA CRÉATION DE LA NORME ET LA QUALIFICATION DU BREVET ESSENTIEL À UNE NORME AUX ETATS-UNIS ET AU SEIN DE L’UNION EUROPÉENNE : UN SYSTÈME INTERNATIONAL BASÉ SUR L’ACCORD DES VOLONTÉS	15
CHAPITRE I.....	15
LES ORGANISMES DE NORMALISATION MÉLANT DES ACTEURS PRIVÉS COMME PUBLICS : UN RÔLE PRÉPONDÉRANT DES ENTREPRISES DANS LE DOMAINE DES TECHNOLOGIES DE L’INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION.....	15
CHAPITRE II	35
LA RECONNAISSANCE DU BREVET ESSENTIEL A UNE NORME : UN ACCORD DE TYPE CONTRACTUEL	35
TITRE II :.....	57
LA LIMITATION DE LA POSITION DOMINANTE DU TITULAIRE DU BREVET ESSENTIEL A UNE NORME EN DROIT AMERICAIN ET EUROPEEN	57
CHAPITRE I:	57
L’OBLIGATION DE DELIVRER A DES CONDITIONS « FAIR, REASONABLE, AND NON DISCRIMINATORY » : UNE DIFFICILE DEFINITION DES TERMES ET DU MONTANT DES REDEVANCES DE LICENCES	57
CHAPITRE II :	81
LES EXPLOITATIONS D’UNE POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHÉ PAR LE TITULAIRE DU BREVET ESSENTIEL A UNE NORME	81
CONCLUSION	101

TABLE DES MATIERES :	102
BIBLIOGRAPHIE	106

INTRODUCTION

“Antitrust enforcers and the courts have come to recognize that intellectual property laws and antitrust laws share the same fundamental goals of enhancing consumer welfare and promoting innovation. This recognition signaled a significant shift from the view that prevailed earlier in the twentieth century, when the goals of antitrust and intellectual property law were viewed as incompatible: intellectual property law’s grant of exclusivity was seen as creating monopolies that were in tension with antitrust law’s attack on monopoly power. Such generalizations are relegated to the past. Modern understanding of these two disciplines is that intellectual property and antitrust laws work in tandem to bring new and better technologies, products, and services to consumers at lower prices.”¹

Tel est l’avis du Ministère de la Justice américain, ainsi que de la “*Federal Trade Commission*” chargée de la protection des consommateurs et des comportements anticoncurrentiels aux Etats-Unis, sur la relation entre droit de la propriété intellectuelle et droit de la concurrence. Selon eux, ces deux droits convergent vers un but commun : la promotion de l’innovation afin de proposer de meilleurs produits et services aux consommateurs. Ils considèrent qu’il n’existe pas réel conflit entre ces deux droits contrairement à la fin du vingtième siècle.

Les relations entre droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence

Cependant, le droit de la propriété intellectuelle est perçu comme accordant des droits exclusifs sur des inventions, qui permettent à leurs détenteurs d’obtenir un certain pouvoir de marché. Le droit de la concurrence quant à lui vient garantir la facilité des échanges sur le marché, l’absence de barrière à l’entrée, le respect du principe de liberté du commerce et de l’industrie. Il restreint notamment les ententes et abus de position dominante sur le marché.

¹ U.S. DEP’T OF JUSTICE & FED. TRADE COMM’N, ANTITRUST ENFORCEMENT AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: PROMOTING INNOVATION AND COMPETITION (2007).

Les titulaires de droits de propriété intellectuelle ayant un certain pouvoir de marché, peuvent potentiellement abuser de cet avantage. Le droit de la concurrence vient donc limiter ce risque d'abus.

L'objet de ces deux droits ne converge pas nécessairement. Il peut donc exister des conflits : d'un côté le droit de la propriété intellectuelle viendra protéger le droit que détient l'inventeur, et de l'autre le droit de la concurrence tentera d'imposer la diffusion de l'innovation. Le droit de la propriété intellectuelle se fonde sur une idée de monopole puisqu'il permet au détenteur des droits de refuser l'utilisation de son invention par un tiers non autorisé. Le droit de la concurrence cherche à réduire les situations de monopole, ou les abus pouvant en découler.

Des conflits entre ces deux droits existent particulièrement dans le domaine de l'industrie. Les entreprises propriétaires notamment de brevets peuvent jouer de leur droit de propriété en concédant des licences à des tarifs non concurrentiels afin d'évincer leurs concurrents sur le marché. L'étude se concentrera sur l'industrie des technologies de l'information et de la communication (TIC).

Le marché des technologies de l'information et de la communication et les abus de position dominante

Le domaine des technologies de l'information et de la communication (TIC) regroupe les techniques de l'informatique, de l'audiovisuel, des multimédias, d'internet et des télécommunications, qui permettent aux utilisateurs d'échanger des informations, de communiquer, de stocker, de transmettre et produire de l'information.

Afin de permettre la communication entre appareils électroniques, il est nécessaire d'assurer l'interopérabilité entre eux, ce qui passe notamment par l'échange d'informations entre concurrents concernant leurs produits proposés sur le marché. En effet, pour que les appareils électroniques dialoguent entre eux, il faut que les différentes entreprises acceptent de concéder leurs secrets de fabrication et de production, ce que certaines parfois refusent.

Un exemple très commenté peut être donné avec l'affaire Microsoft. La société Sun Microsystems, concurrent de Microsoft, avait déposé une plainte concernant le refus de Microsoft de communiquer des informations techniques relatives au système d'exploitation Windows, de façon à ce que les systèmes d'exploitation des serveurs pour groupes de travail développés par Sun Microsystems soient interopérables avec les systèmes d'exploitation Windows installés sur ordinateurs personnels. L'interopérabilité est la capacité d'un produit ou d'un système à fonctionner avec d'autres, sans restriction d'accès.

En 2004, la Commission Européenne a déclaré Microsoft coupable d'abus de position dominante². Elle a condamné Microsoft à 497 millions d'euros d'amende et lui a ordonné de donner accès aux informations nécessaires pour assurer une interopérabilité entre Windows et les logiciels de ces concurrents.

Le refus de délivrer les informations est abusif puisque l'interopérabilité est indispensable pour que les systèmes d'exploitations pour serveurs de groupe de travail puissent fonctionner. Ce comportement avait permis à Microsoft d'acquérir une position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, qui sont utilisés dans toutes les entreprises pour permettre le travail en réseau.

Ainsi il a été imposé à Microsoft de délivrer des informations complètes et précises relatives à son innovation, Windows.

² La Commission conclut l'enquête sur Microsoft, impose des mesures correctives visant à modifier son comportement et inflige une amende, 24 mars 2004
http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-382_fr.htm

La nécessité d'une normalisation internationale

Le développement de nouvelles technologies est de plus en plus rapide, l'ensemble des appareils doivent être capable d'interagir entre eux : l'interopérabilité est indispensable. Les appareils électroniques in fine achetés par le consommateur doivent être capable de s'échanger des informations, avec une rapidité croissante.

Ces technologies développées par des concurrents sur un même marché doivent donc intégrer des normes ou des standards, pour permettre l'interopérabilité. Ces standards et normes sont développés par les entreprises elles-mêmes, ou par des organismes de normalisation. Ces organismes à but non lucratifs peuvent être composé uniquement d'acteurs privés c'est-à-dire d'entreprises pouvant être concurrente sur un même marché, ou d'acteurs publics et privés.

Ces normes relèvent d'un consensus international et d'une volonté commune de l'ensemble des acteurs du marché de faciliter les échanges entre technologies et favoriser l'innovation. On peut citer notamment l'exemple du Bluetooth ou de la Wifi : tous les téléphones, ou encore ordinateurs portables sont équipés de ces standards développés en partie par des entreprises concurrentes.

D'autres exemples peuvent être donnés, certaines entreprises développent actuellement le standard 5G venant remplacer la technologie 4G, qui permettra notamment des débits plus importants, donc une réactivité plus élevé.

Le système de brevets essentiels à une norme et de licences FRAND

Ces normes ou standards sont développés à travers de nombreux brevets. Selon la Commission Européenne, un brevet qui protège une technologie indispensable à une norme est appelé « brevet essentiel à une norme » ou « *standard essential patent* ». Ces brevets protègent des

technologies essentielles au respect des normes techniques et à la commercialisation des produits basés sur ces normes³.

Auparavant les brevets relatifs à une norme ou à un standard, n'étaient pas nécessairement concédés avec redevances. Par exemple, peu de propriétaires de brevets relatifs à la norme GSM, demandaient le paiement de redevances de licence⁴. Puis, progressivement de plus en plus d'entreprises ont demandé des royalties pour l'utilisation de leurs brevets essentiels à une norme.

Des organismes de normalisation ont alors mis en place à travers leur « *IPR Policy* », leur politique de droit de propriété intellectuelle, un système de licence délivrés à des conditions « *fair, reasonable and non discriminatory* », justes, raisonnables et non discriminatoires. Ces licences sont communément appelés les licences FRAND.

La première politique à avoir utilisé un système en ce sens est certainement « *L'American Standards Association* », en 1959⁵.

La plupart des organismes de normalisation ont adopté ce type de politique dans les années 1990. C'est le cas notamment pour « *l'European Telecommunications Standards Institute* », ETSI, qui est un des organismes européens de normalisation qui a pour objectif d'harmoniser les normes en matière de NTIC, pour faciliter les échanges entre entreprises sur le marché européen.

Lorsque le titulaire d'un brevet déclare auprès d'un organisme de normalisation qu'il est essentiel à une norme, il s'engage auprès de cet organisme à délivrer des licences à des conditions FRAND, à toute personne tiers intéressée. Cet engagement permet d'assurer que les

³ COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL ET AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN - *Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes*, Bruxelles, le 29.11.2017 COM(2017) 712 final

⁴ Steven Anderman et Ariel Ezrachi, *Intellectual Property and Competition law – New Frontiers*, Standard Setting Analysis under US Law, p. 375-380, Oxford University Press, 2013.

⁵ «Standards should not include items whose production is covered by patents unless the patent holder agrees to and makes available to any interested and qualified party a license on reasonable terms» (ASA 1959 policy, 11.6) Contreras (2018), in *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law* (J. L. Contreras ed.), Chapter 9, pp. 149–169, «Origins of FRAND Licensing Commitments in the United States and Europe.»

détenteurs de brevets essentiels à une norme, n'abusent pas de leur pouvoir de marché que leur procurent ces droits de propriété intellectuelle.

Cependant les « *IPR Policy* » n'utilisent que des termes généraux « *fair, reasonable and non discriminatory* », et les organismes de normalisation préfèrent laisser le choix des conditions du contrat de licence aux titulaires du brevet et au futur licencié, à travers leurs négociations. Cette situation entraîne de nombreux contentieux, et les juges sont amenés à départager les parties quant à l'appréciation des conditions FRAND.

La Commission Européenne souhaite que le nombre de contentieux en ce sens soit réduit, par conséquent que les termes FRAND soit définis de manière plus détaillé par les organismes de normalisation⁶.

Les brevets deviennent aujourd'hui un bien très prisé par les entreprises, notamment les brevets essentiels à une norme. En effet, puisque ces derniers sont essentiels à la norme ou au standard, les acteurs du marché souhaitant s'y conformer et l'intégrer à leur technologie, n'auront pas d'autre choix que de payer des redevances de licences. Cette clientèle captive assure un certain revenu au détenteur du brevet essentiel à une norme, ce qui entraîne certains détournements des droits de propriété intellectuelle.

Certaines entreprises se spécialisent dans le rachat de brevet sans même participer aux recherches et développement (« *non practicing entities* »). Ce sont des entités qui ne proposent pas de produits ou de services dans le domaine des technologies, mais concèdent uniquement des licences afin d'obtenir un maximum de royalties. Ces pratiques développent un contentieux grandissant également.

⁶ COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL ET AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN - *Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes*, Bruxelles, le 29.11.2017 COM(2017) 712 final

Les entreprises privées peuvent acquérir une position dominante sur le marché en développant des technologies et techniques qui tendent à s'imposer comme des standards. Il est donc nécessaire à la fois d'encadrer la reconnaissance des brevets essentiels à une norme et de s'assurer par la suite que le titulaire du brevet permette l'exploitation de l'innovation concernée dans des conditions économiques ne créant pas de barrière à l'entrée.

La création de la norme et la qualification de brevet essentiel à une norme reposent sur un système internationalisé basé sur un accord de volonté de la part du titulaire du brevet (Titre I). Les autorités de la concurrence et cours doivent s'assurer ensuite que le propriétaire du brevet essentiel à une norme n'abuse pas de sa position sur le marché (Titre II).

Titre I

LA CRÉATION DE LA NORME ET LA QUALIFICATION DU BREVET ESSENTIEL À UNE NORME AUX ETATS-UNIS ET AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE : UN SYSTÈME INTERNATIONAL BASÉ SUR L'ACCORD DES VOLONTÉS

L'élaboration d'une norme fait intervenir de nombreux acteurs, elle fait l'objet d'un consensus au sein d'organismes de normalisation qui peuvent réunir des personnes privées comme publiques. Plusieurs entreprises concurrentes sont ainsi amenées à collaborer, ce qui leur laisse un poids important dans le processus de normalisation (Chapitre I).

Suite au développement d'une technologie érigée en norme ou en standard, les titulaires des brevets dits « essentiels à une norme » s'engagent à délivrer des licences de façon juste, raisonnable et non discriminatoire, licences dites « FRAND », par un accord que l'on peut qualifier de type contractuel, auprès d'organismes de normalisation (Chapitre II).

CHAPITRE I

LES ORGANISMES DE NORMALISATION MÉLANT DES ACTEURS PRIVÉS COMME PUBLICS : UN RÔLE PRÉPONDERANT DES ENTREPRISES DANS LE DOMAINE DES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION

Pour développer, une norme comme pour un standard, plusieurs entreprises en compétition sur un même marché sont amenées à innover concurremment. L'élaboration d'une norme dans le domaine des technologies fait l'objet d'un consensus international pour permettre notamment l'interopérabilité entre les appareils (Section I) et nécessite un équilibre entre intérêts publics et intérêts privés, les consommateurs étant les premiers concernés (Section II).

Section I :

L'élaboration de la norme : un consensus international

Les termes standard et norme sont parfois confondus, cependant il peut être fait une distinction entre ces deux termes (I). L'élaboration d'un standard comme d'une norme résulte de plusieurs processus distincts pouvant mêler des entreprises privées concurrentes, mais également des personnes publiques ayant un rôle de régulation (II).

I : L'existence d'une distinction dans la définition de la norme et du standard dans le domaine des TIC

La langue anglaise n'établit pas de termes distincts pour désigner la norme et le standard, seul le mot « standard » est utilisé, il convient cependant de différencier ces deux notions. La norme est une référence très appréciée au sein de l'Union Européenne (A) alors que le standard est privilégié aux États-Unis (B).

A. L'attachement à la norme au sein de l'Union Européenne

Selon l'Organisation internationale de normalisation (« ISO ») « une norme est un document approuvé par un organisme reconnu, qui a été mis au point par voie de consensus entre des experts du domaine, et qui fournit des recommandations sur la conception, l'utilisation ou la performance des produits, processus, services, systèmes ou personnes ».

Le dictionnaire Larousse quant à lui définit la norme industrielle comme « une règle fixant les conditions de la réalisation d'une opération, de l'exécution d'un objet ou de l'élaboration d'un produit dont on veut unifier l'emploi ou assurer l'interchangeabilité ».

Enfin, le règlement européen du 14 novembre 2012 portant sur la normalisation, définit la norme comme « une spécification technique, approuvée par un organisme reconnu de normalisation, pour application répétée ou continue, dont le respect n'est pas obligatoire »⁷.

Il s'agit donc d'un consensus, d'un accord général donné par le plus grand nombre de personnes sur un sujet donné, approuvé par un organisme de normalisation. Le consensus a vocation à prendre en compte l'ensemble des avis exprimés et à trouver une solution sans opposition ferme d'un des participants. Les acteurs de cette entente sont aussi bien des personnes publiques que

⁷ Article 1^{er}, Règlement 1025/2012 du 25 Octobre 2012 relatif la normalisation européenne

privées, réunies au sein d'organismes de normalisation. Enfin la norme n'a pas vocation, en principe, à être obligatoire.

La norme peut également se référer à la loi, ou la réglementation, on parle alors de norme réglementaire. Cependant ce n'est pas le principe en matière de TIC.

Dans ce secteur, la norme s'apparente à un processus d'élaboration d'une technologie. Les appareils étant de plus en plus connectés, il est nécessaire d'élaborer des normes, afin d'assurer l'interopérabilité entre eux. On doit permettre à l'ensemble des appareils de se connecter à un réseau et d'interagir. Ainsi, les entreprises concurrentes doivent nécessairement s'accorder afin de permettre aux appareils d'échanger entre eux : cette collaboration est permise au sein d'organismes de normalisation, où les pouvoirs publics ont un rôle de régulation.

Lorsque l'on parle de norme, on s'intéresse plutôt aux organismes de normalisation, qui déterminent quel sera le principe. Au niveau européen, ces organismes ont un rôle dans la régulation, et le contrôle de l'innovation. L'*European Telecommunications Standards Institute* (« ETSI », Institut européen des normes de télécommunications) est un des organismes européens de normalisation qui a pour objectif d'harmoniser les normes en matière de NTIC, pour faciliter les échanges entre entreprises sur le marché européen. C'est pourquoi il travaille notamment avec la Commission Européenne pour établir des directives et régulations dans ce domaine. Il existe également le comité européen de normalisation en électronique et électrotechnique (« CENELEC ») qui est, tout comme l'ETSI, un organisme sans but lucratif réunissant notamment les organismes de normalisation de ce domaine de chacun des 28 pays appartenant à l'Union, ainsi que d'autres États membres associés.

Il existe donc une volonté de définition de normes européennes en matière de technologies et d'une harmonisation de l'ensemble du marché sur des procédés techniques, ce qui est possible à travers ces organismes de normalisation. Au sein de l'Union Européenne, il existe un consensus pour éliminer les barrières du marché entre concurrents, permettre à chaque entreprise d'intégrer la norme à ses technologies⁸. Les normes sont considérées comme

⁸ Considérant 3, Règlement 1025/2012 du 25 Octobre 2012 relatif la normalisation européenne

renforçant la concurrence en favorisant l'innovation, et réduisant les coûts de production et de vente, ce qui a finalement un effet positif notamment sur le prix final du produit vendu et donc sur le consommateur.

Selon Charles P. Kindleberger, spécialiste américain de l'économie internationale, les normes permettent une meilleure efficacité du marché, en améliorant la coordination et en réduisant les coûts de transaction⁹. En effet, les normes et standards réduisent les coûts de transactions, en améliorant la reconnaissance d'un produit (le standard) et en évitant l'insatisfaction de l'acheteur.

L'Union Européenne souligne l'importance de la coopération entre les différents organismes de normalisation et entreprises pour permettre l'interopérabilité entre appareils qui peuvent être créés en dehors de l'Union Européenne. Il y a une nécessité dans le domaine des TIC d'assurer des échanges afin d'arriver à des consensus pour établir des normes internationales qui permettent les interactions entre appareils à des conditions économiques et financières viables¹⁰. A l'ère du numérique, la norme technologique se doit d'être internationale et de dépasser les frontières. Il y a finalement une convergence des normes dans un système internationalisé, où les entreprises sont amenées à coopérer.

La législation européenne s'intéresse donc à la norme de droit (*de jure standard*) reconnue par un organisme officiel de normalisation¹¹, alors que les nord-américains préfèrent les standards de fait, « *de facto standard* », où le standard est naturellement choisi par le secteur industriel du fait d'un usage répété. En effet, Aux États-Unis, la standardisation est laissée principalement aux entreprises qui, par le jeu de la concurrence, innovent pour arriver à imposer leur technologie comme standard.

⁹ Charles P. Kindleberger, *Standards as public, collective and private goods*, MIT, cité par Daniel F. Spulber, *Standard Setting Organisations and Standard Essential Patents: Voting and Markets*, The Economic Journal, Doi: 10.1111/eoj.12606, 2018

¹⁰ Considérant 2, 7 et 12, Règlement 1025/2012 du 25 Octobre 2012 relatif la normalisation européenne

¹¹ Pierre Larouche et Geertrui Van Overwalle *Interoperability standards, patents and competition policy* - Edité par Panagiotis Delimatsis, *The Law, Economics and Politics of International Standardisation*, p.365-394, n°21 International Trade and Economic Law, Cambridge University Press, 2015

B. Une préférence pour le standard aux États-Unis

Les États-Unis préfèrent la notion de standard à la notion de norme : les entreprises développent des technologies sur un même marché, et la technologie la plus efficace deviendra le standard. C'est donc la compétition qui prime. Le standard sera finalement naturellement choisi par les opérateurs économiques du marché.

Dans le domaine des TIC, contrairement au domaine de l'environnement, de la sécurité ou de la santé, où la régulation est laissée aux agences gouvernementales, il est effectivement plus judicieux de laisser place à l'innovation des entreprises qui connaissent les besoins du marché¹². Les pouvoirs publics ne sont pas considérés comme jouant un rôle important dans la standardisation dans le domaine des TIC.

Les entreprises sont amenées à développer elles-mêmes des technologies, elles innovent seules ou en groupes. Les brevets d'invention peuvent donc être détenus par une ou plusieurs entreprises, et dans ce dernier cas les royalties se multiplient au profit des différents titulaires des brevets, ce qui peut être préjudiciable aux licenciés.

L'exemple du Bluetooth permet de comprendre l'intérêt de mettre en place des standards ou normes et de les intégrer à différents types de technologies, mais aussi de comprendre que de nombreuses entreprises concurrentes peuvent être amenées à innover ensemble.

Le système de Bluetooth permet d'échanger des données à très courtes distances en utilisant des ondes radio. L'objectif était de permettre aux appareils d'échanger des informations sans l'intermédiaire d'un fil (clavier sans fil, écouteurs sans fil, scanner sans fil, échanges de fichiers entre appareils). Ce standard a été développé à la fin des années 1990 par différentes entreprises, certaines étant concurrentes sur le marché de la téléphonie mobile, telles que Nokia ou Ericsson, ou encore Apple depuis 2015. Cette technologie s'est établie sur le marché au fil des années 2000 et est intégrée à présent dans un très grand nombre d'appareils connectés. Les entreprises participant aux recherches et développements se regroupent au sein du *Bluetooth*

¹² Jorge L. Contreras, *A tale of two layers: Patents, Standardization, and the Internet* – Denver University Law Review, Vol. 93, No. 4, 2016 – University of Utah College of Law Research Paper No. 177

Special Interest Group créé en 1998, un organisme de normalisation à but non lucratif (*standard setting organisation* dit *SSO*). Les brevets sont détenus en grande partie par Ericsson, le reste étant détenu par les autres développeurs. Les entreprises souhaitant intégrer le standard Bluetooth dans leurs appareils se doivent d'adhérer à cet organisme, mais elles ne participent pas nécessairement aux recherches et développements.

Cet exemple permet de démontrer que les entreprises, sans l'intervention des pouvoirs publics, et sans régulation, développent des technologies qui, en étant utilisées par un nombre croissant d'entreprises deviennent les standards sur le marché. En effet, le Bluetooth est aujourd'hui intégré dans un très grand nombre de technologies telles que les téléphones mobiles, oreillettes, voitures ou encore ordinateurs, appareils photographique, imprimantes et scanners. C'est ce procédé que les nord-américains privilégient : une grande marge de manœuvre est laissée aux entreprises, maîtresses de la standardisation.

Il existe, comme au sein de l'Union Européenne, des organismes de normalisation nord-américains en matière de TIC, tel que la *Telecommunications Industry Association* (« TIA »)¹³, accréditée par l'*American National Standard Institute* (« ANSI »)¹⁴, les deux entités étant l'une comme l'autre des organismes privés à but non lucratif, chargés de la standardisation aux États-Unis.

Le principe est donc que les États-Unis laissent la concurrence s'opérer entre les différents opérateurs économiques, sans que les pouvoirs publics n'interviennent, ce qui les différencie de l'Union Européenne où il y a une volonté de réguler dans son ensemble le processus de normalisation pour assurer la fluidité des échanges économiques en Europe.

Il s'agit en réalité de deux types de politiques de marché : l'Union Européenne préfère un consensus encadré à minima par l'autorité publique alors que les États-Unis préfèrent l'autorégulation par les opérateurs économiques sur le marché.

¹³ <https://www.tiaonline.org>

¹⁴ <https://www.ansi.org>

II : Les différents processus d'élaboration de la norme

La norme dans le domaine des TIC peut être le fruit d'un consensus au sein d'organismes officiels de normalisation (A). Ce peut être également le résultat d'un usage répété par différents opérateurs économiques d'une même technologie, dans ce cas l'élaboration résulte d'un consensus uniquement privé (B).

A. L'élaboration de la norme au sein d'organismes officiels de normalisation

La normalisation peut se faire à travers des organismes de normalisation dits « officiels » puisque les pouvoirs publics y sont amenés à réguler et contrôler l'élaboration et le choix de la norme. On parle alors de norme de droit, « *de jure* standard », qui est, comme on l'a vu, le système préconisé au sein de l'Union Européenne. La norme est créée à travers des organismes officiels et reconnus par les états membres de l'Union Européenne. C'est également ce système qui est utilisé pour l'élaboration de certaines normes internationales.

L'ETSI organisme européen de normalisation en matière de TIC est officiellement reconnu par la Commission Européenne qui lui donne des directives quant à l'élaboration de la norme. La création d'une norme doit se faire via un processus encadré, où des entreprises mais aussi des organisations gouvernementales votent pour l'adoption de nouvelles normes.

Ce ne sont cependant pas les organismes de normalisation qui prennent l'initiative d'établir une norme. Il existe toujours une demande qui vient généralement de l'offre, ou des régulateurs comme au sein de l'Union Européenne. En matière de normalisation internationale, par exemple au sein de l'ISO, des experts rassemblés en comité élaborent des travaux quant à l'adoption d'une norme dans un secteur précis. Par la suite, les organismes de normalisation nationaux

votent, et la norme est adoptée à la majorité.¹⁵ En matière de TIC, beaucoup de normes internationales sont dédiées à la sécurité de l'information.

Aujourd'hui, l'organisme international de standardisation *3rd Generation Partnership Project* (3GPP), qui est une coopération entre différents organismes de standardisation dans le domaine des télécommunications¹⁶ (Européen, Nord-Américain, Chinois, Japonais, Indien, et enfin Sud-Coréen), travaille sur le développement de spécifications techniques concernant la norme 5G pour la téléphonie mobile. Ce même travail a été fait par ce même groupe pour les normes 3G et 4G auparavant. Le domaine des télécommunications est donc bien un secteur qui appelle à une certaine régulation et un consensus au niveau international, et qui appelle également à la coopération entre états. L'organisme 3GPP ne crée pas de norme, il émet seulement des spécifications techniques adoptées en principe ensuite par les organismes de normalisation régionaux membres de cette coopération.

Dans un même temps, les recherches concernant la norme 5G sont faites par différentes entreprises telles que Qualcomm, Huawei ou Ericsson ; la norme 5G se développe donc quant à elle au niveau privé.

On a donc pour la 5G, d'un côté l'élaboration d'une norme avec des spécifications techniques données par les organismes de normalisation régionaux ou nationaux, et d'un autre côté, le développement et la recherche d'un standard par les entreprises.

Le « *de jure standard* » n'est pas le processus d'élaboration le plus commun dans le domaine des technologies, de nombreux standards et normes ont été développés dans le secteur privé.

B. L'élaboration de la norme par le secteur privé

Dans le domaine des TIC, l'adoption de normes fait souvent l'objet d'un consensus entre opérateurs privés, sans intervention de l'autorité publique.

¹⁵ <https://www.iso.org/fr/developing-standards.html>

¹⁶ <https://www.3gpp.org/about-3gpp/about-3gpp>

Premièrement, un standard peut être adopté du fait de l'utilisation répétée d'un procédé, d'une technique ou d'un produit qui devient le principe sur un marché donné. On parle de standard de fait « *de facto standard* », pour s'opposer à la norme de droit « *de jure standard* »¹⁷.

Dans les faits, une ou plusieurs entreprises innovent, développent une technologie qui va par la suite être adoptée par un grand nombre d'opérateurs économiques, entreprises comme consommateurs. On a dans ce cas une position dominante du standard, avec, pour la ou les entreprises à l'origine de l'innovation, un pouvoir de marché important, ce qui aura une influence directe dans l'exercice de leurs droits de propriété intellectuelle¹⁸. En effet, les entreprises titulaires des brevets dits « essentiels à une norme » pourront du fait de leur position dominante sur le marché, adopter des comportements susceptibles d'entraver la concurrence, et les échanges sur le marché. La question sera développée plus loin.

On peut donner l'exemple du standard MP3 qui avait été créé comme une alternative au format WAV, pour supporter des fichiers audios : c'est aujourd'hui la norme. On peut également donner l'exemple du standard PDF, apparu en 1993, qui est un format de fichier pour ordinateur créé par Adobe : c'est aujourd'hui devenu le principal format utilisé afin d'enregistrer, diffuser et imprimer des documents¹⁹. Le format PDF est d'ailleurs, depuis 2005, un « *de jure standard* » de l'organisme de normalisation international ISO.

Deuxièmement, existent également des organismes de normalisation privés, qui regroupent des entreprises d'un même secteur afin de coopérer dans la recherche et le développement sur une technologie donnée. Le standard produit résulte d'un consensus, et il n'y a normalement pas d'obligation d'utiliser le standard par la suite pour les membres de l'organisme²⁰. On peut parler

¹⁷ Steven Anderman et Ariel Ezrachi, *Intellectual Property and Competition law – New Frontiers*, Standard Setting Analysis under US Law, p.357, Oxford University Press, 2013 : illustration par le standard du clavier QWERTY ou le système Windows développé par Microsoft.

¹⁸ Régis Bismuth, *La standardisation internationale privée*, La dimension privée de la standardisation internationale, p.26, Droit international, Larcier, 2014

¹⁹ Jorge L. Contreras, *A tale of two layers: Patents, Standardization, and the Internet* – Denver University Law Review, Vol. 93, No. 4, 2016 – University of Utah College of Law Research Paper No. 177

²⁰ Steven Anderman et Ariel Ezrachi, *Intellectual Property and Competition law – New Frontiers*, Standard Setting Analysis under US Law, p. 357, Oxford University Press, 2013.

d'un consortium, un groupement d'entreprises se donnant comme objectif, comme résultat, l'élaboration d'un standard.

Comme vu précédemment, l'exemple du *Bluetooth Special Interest Group* peut être donné, ou encore le *World Wide Web Consortium* (W3C ou WWW) qui rassemble près de 400 entreprises (telles que Google, Apple, Microsoft, ou encore la BBC). Le W3C est un consortium international qui développe des standards pour le Web afin que la communication et l'échange de données puissent se faire sur Internet de manière fluide²¹. Il est à l'origine des normes HTML ou encore XML pour l'internet.

Enfin la coopération peut se faire de manière informelle, dans ce cas les opérateurs économiques coopèrent entre eux pour le développement d'une technologie ou d'une technique, mais ne se présentent pas comme formant un groupe de standardisation²².

Ainsi, la normalisation dans le domaine des TIC requiert un consensus international aussi bien dans le secteur privé que public. Les organismes régionaux sont amenés à se concerter afin de créer des spécifications techniques, et les entreprises parfois concurrentes doivent coopérer afin d'établir des normes internationales, intégrables à tout appareil connecté, et permettant l'interopérabilité entre toutes technologies, quelle que soit la situation géographique de l'inventeur. Par ailleurs, ce secteur laisse une grande place aux entreprises à l'origine des innovations dans le processus de normalisation.

²¹ <https://www.w3.org>

²² Cf. note 20

Section II :

La nécessité d'un équilibre entre intérêts privés et intérêts publics dans l'élaboration de la norme

La norme technologique est vouée à s'appliquer et s'intégrer dans un très grand nombre d'appareils électroniques connectés à internet. Ces appareils ont vocation à être finalement payés et utilisés par les consommateurs. Bien que les entreprises aient un important rôle à jouer dans la normalisation dans le domaine des technologies (I), les pouvoirs publics se doivent d'assurer la protection des consommateurs et une concurrence effective entre les opérateurs du marché (II).

I. L'importance des entreprises dans le choix de la norme dans le domaine des TIC

Les organismes de normalisation peuvent être à caractère privé ou hybride. S'il existe un important contrôle par l'autorité publique au sein de l'Union Européenne, les entreprises sont prioritaires dans l'élaboration de la norme (A), ce qui est justifié au regard du degré de spécialisation que nécessite le secteur des TIC (B).

A. La composition et les décisions des organismes de normalisation : un contrôle par l'autorité publique au sein de l'Union Européenne

Il existe deux types d'organismes de normalisation : des organismes de normalisation uniquement privés (notamment le *Bluetooth Special Interest Group*, ou encore le *World Wide Web Consortium*), ou des organismes officiels de normalisation qui peuvent être nationaux ou internationaux (comme l'ETSI ou l'ISO).

Il peut donc s'agir d'un consortium d'entreprises privées se donnant comme objectif de créer un ou plusieurs standards. Dans ce type d'organisme, l'autorité publique n'a aucun rôle à jouer.

L'activité de normalisation n'est pas contrôlée directement ou indirectement par l'État²³. C'est pourquoi, le standard n'a pas vocation à être considéré comme une norme, c'est-à-dire un référentiel reconnu par un organisme officiel de normalisation, groupement à caractère hybride rassemblant des personnes publiques et privées. Le choix d'un standard ne relève que de la décision d'entités privées, défendant leurs intérêts propres. Ce choix se fait en deux temps. Dans un premier temps, au sein même de l'organisme de normalisation, les entreprises participantes élaborent le standard en échangeant sur la base de leurs recherches et développements, puis l'adoptent par un vote. Dans un second temps, l'innovation ne devient réellement un standard que si un grand nombre d'acteurs du marché utilisent la technologie développée, et pour ce faire achètent des licences. De plus, les membres de l'organisme ne sont généralement pas dans l'obligation d'utiliser le standard développé²⁴.

L'autorité publique n'a aucun pouvoir de régulation sur ce processus, et n'interviendra qu'ensuite, si des contentieux naissent entre les différentes entreprises.

Il existe, par ailleurs, des organismes de normalisation à caractère hybride. Comme vu précédemment, la normalisation européenne se fait à travers des organismes de normalisation régulés par les pouvoirs publics.

L'ETSI a été créé en 1988. Organisme européen à but non lucratif dans le domaine des TIC, il est officiellement reconnu par la Commission Européenne. Il regroupe plus de 800 membres, originaires de 67 états, avec des opérateurs privés tels que des fabricants (entre autres Apple, Toshiba, Huawei, Qualcomm ou encore Intel), des opérateurs de réseaux (Bouygues Telecom, Orange par exemple), mais aussi des membres de l'administration de chacun des états membres de l'Union européennes²⁵. Il s'agit donc d'un groupement à caractère mixte. On y retrouve, par exemple, le Ministère de l'Intérieur français, le Ministère de l'économie, ou encore le Secrétariat général de la défense et de la sécurité nationale. Différents ministères des pays européens sont présents et participent à l'élaboration de la norme européenne dans le domaine

²³ Régis Bismuth, *La standardisation internationale privée, Aspects juridiques*, La dimension privée de la standardisation internationale, p.24-27, Droit international, Larcier, 2014

²⁴ Steven Anderman et Ariel Ezrachi, *Intellectual Property and Competition law – New Frontiers*, Standard Setting Analysis under US Law, p.357, Oxford University Press, 2013

²⁵ <https://www.etsi.org/membership>

des technologies. En effet, pour l'adoption d'une nouvelle norme européenne, après qu'un comité technique, rassemblant des entreprises et experts en la matière, aient élaboré un projet de norme technologique, les autorités publiques des pays membres de l'Union Européenne sont consultées et sont amenées à voter sur l'adoption de la norme²⁶. Ces normes ne sont cependant pas obligatoires, à moins que les parlements ne les rendent obligatoires pour des motifs d'intérêt public tels que la sécurité publique. La norme peut donc être adoptée par l'ensemble des opérateurs agissant sur le marché des TIC, et elle peut être intégrée dans de nombreuses technologies qui seront par la suite vendues notamment au consommateur européen.

Il existe donc un véritable contrôle des pouvoirs publics de la norme européenne dans le domaine des TIC, en Europe. Ce qui n'est pas la situation aux Etats-Unis. La standardisation aux Etats-Unis est effectuée en grande partie par l'ANSI, qui est un organisme privé où les pouvoirs publics n'ont pas de rôle à jouer. C'est l'ANSI qui accrédite d'ailleurs, l'organisme de normalisation en matière de TIC, le TIA, équivalent nord-américain de l'ETSI. Le standard est donc bien développé et établi par les entreprises sans contrôle de l'administration nord-américaine. Cependant, les pouvoirs judiciaires et l'administration pourront toujours interdire par la suite un standard entrant en contradiction avec la loi, les libertés et droits fondamentaux ou encore la politique du gouvernement.

B. La prépondérance des entreprises au sein des organismes justifiée par la spécialisation inhérente au secteur technologique

La conception nord-américaine du standard semble être la plus appropriée dans le domaine des TIC. En effet, les entreprises du secteur connaissent la demande sur le marché, l'avancée des technologies, et appréhendent d'une meilleure manière l'usage des consommateurs.

En effet, dans ce secteur, ce sont principalement les entreprises qui innovent, et connaissent les besoins de la demande. Les entreprises connaissent et répondent au niveau de technicité requis pour des innovations technologiques.

Le domaine des TIC, est un secteur vertical, les produits développés et offerts sont spécifiques à l'industrie des technologies de l'information et de la communication, et sont vendus à un

²⁶ <https://www.etsi.org/events/714-how-does-etsi-make-standards>

même type d'opérateurs économiques. Ce type de structure de marché s'oppose aux secteurs horizontaux dans lesquels l'offre n'est pas spécifique et s'adresse à un large groupe de consommateurs²⁷.

Les pouvoirs publics ne peuvent contrôler un domaine qui requiert un degré de spécialisation aussi technique. C'est pourquoi l'élaboration de la norme technologique au niveau européen, au sein de l'ETSI, passe d'abord par des comités d'experts et groupes de travail, dans lesquels l'administration publique n'intervient pas. L'opportunité d'une norme et sa création sont développées en amont par des acteurs privés, afin que les administrations des différents états puissent apporter par la suite un vote favorable pour son admission. L'ETSI diffère des autres organismes de normalisation, il est plus ouvert aux entreprises travaillant dans l'industrie technologique. Pierre Larouche et Geertrui Van Overwalle montrent qu'une grande place est laissée aux entreprises dans ce secteur, dans l'Union Européenne²⁸.

Contrairement aux normes relatives à l'environnement, la santé ou encore la sécurité, il s'agit d'un domaine entièrement privé, relevant de l'industrie. C'est un secteur, où il existe une grande compétitivité entre les entreprises au niveau international, ce qui oblige les pouvoirs publics à rester en retrait. En effet, un trop grand contrôle de l'administration sur le développement et les recherches des entreprises, freine nécessairement l'innovation et donc la compétitivité des entreprises sur le plan mondial.

Par ailleurs, les entreprises, bien que concurrentes, ont un intérêt à trouver un terrain d'entente dans le domaine des technologies. Les licences relatives aux brevets essentiels à une norme sont délivrées à conditions normalement justes, raisonnables et non discriminatoires, ce qui permet, en principe, à toute entreprise de se développer sur le marché en intégrant des normes ou

²⁷ Olivier Peyrat, *Les normes : histoire, principe et enjeux*, Le processus de normalisation et la construction d'un consensus normatif, Annales des Mines – Responsabilité et environnement n°67, 2012.

²⁸ Pierre Larouche et Geertrui Van Overwalle *Interoperability standards, patents and competition policy* - Edité par Panagiotis Delimatsis, *The Law, Economics and Politics of International Standardisation*, p.375, n°21 International Trade and Economic Law, Cambridge University Press, 2015

standards technologiques assurant l'interopérabilité entre appareils, et permettant l'avancée de l'innovation.

II. La nécessité d'assurer le bon fonctionnement du marché

Bien que les pouvoirs publics aient un rôle moins important que les entreprises dans l'élaboration de la norme, ils se doivent d'assurer la protection des consommateurs (A) et une concurrence effective entre les opérateurs, afin de garantir un bon fonctionnement du marché (B).

A. L'importance de la protection des consommateurs

Des entreprises ayant pourtant comme intérêt premier la réalisation de bénéfices, se réunissent sous une entité à but non lucratif. Cependant, en développant leurs recherches, en innovant, les standards issus de ce processus auront vocation à rapporter de nombreuses royalties aux entreprises titulaires des brevets essentiels à une norme. L'organisme de normalisation privé est donc bien un groupement à but non lucratif, mais l'objectif final pour les entreprises participantes est d'innover et d'imposer leur technologie ou leur procédé comme standard sur le marché, afin d'obtenir un grand nombre de redevances issues des licences octroyées aux différents utilisateurs de leur standard.

En effet, la fabrication d'un produit technique nécessite de recourir à des technologies brevetées intégrées à d'autres technologies, qui sont donc des produits intermédiaires. Le prix du produit final sera calculé en fonction du prix des royalties payées par les licenciés aux titulaires de brevets. Par exemple, afin d'intégrer la technologie 4G dans les téléphones de sa marque, Apple verse des redevances à Qualcomm, développeur et propriétaire de brevets essentiels à la norme 4G. Le prix de ces redevances aura un impact direct sur le prix final du téléphone, prix payé par le consommateur in fine. C'est d'ailleurs l'objet d'un long contentieux qui sera présenté plus loin (cf. Titre II, Chapitre I).

Les pouvoirs publics se doivent de protéger d'un côté les licenciés, souhaitant intégrer une nouvelle technologie, et innover à leur tour, et d'un autre côté le consommateur auquel il faut offrir des produits à des prix non abusifs. Il est nécessaire qu'il soit offert au consommateur un large choix de produits similaires sur le marché.

Le propriétaire de brevets essentiels à une norme, en demandant des redevances trop importantes au licencié et en abusant de sa position dominante sur le marché, peut évincer son concurrent du marché. En effet, pour intégrer la norme le licencié n'a pas d'autre choix que de payer les redevances demandées et si celles-ci sont trop importantes cette situation peut l'entraîner jusqu'à la faillite. Cet abus de position dominante de la part du propriétaire de brevet a des répercussions directes sur le consommateur, qui n'a pas, in fine, le choix qu'il devrait avoir sur le marché. C'est pourquoi le système de licences FRAND a été développé, et est contrôlé par le juge. En outre, le droit de la concurrence des états européens et nord-américains permet de sanctionner ces comportements abusifs, ce qui sera développé par la suite (cf. Titre II, Chapitre I).

Par ailleurs, les normes et standards technologiques se doivent de respecter les législations européennes et nord-américaines en matière de protection des données à caractère personnel. Les appareils connectés permettent la transmission de données personnelles, les pouvoirs publics doivent s'assurer que les technologies développées répondent à un certain degré de sécurité pour les utilisateurs des nouvelles technologies et que leurs données ne sont pas utilisées à mauvais escient.

En effet, le Règlement général sur la protection des données personnelles²⁹, publié le 25 mai 2016, et entré en application le 25 mai 2018, renforce la protection des données personnelles pour les individus au sein de l'Union Européenne. Ce règlement est d'application extraterritoriale : les entreprises européennes comme étrangères traitant des données d'utilisateurs européens doivent se conformer au règlement.

Les Etats-Unis ; quant à eux, n'ont pas de législation générale sur la protection des données personnelles au niveau fédéral, ce sont les états, au niveau fédéré, qui déterminent leurs législations³⁰.

Les standards technologiques développés au sein de l'Union Européenne, comme aux Etats-Unis, se doivent de répondre à un certain degré de sécurité, et les pouvoirs publics doivent

²⁹ RGPD, règlement n°2016/679, 27 avril 2016
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>

³⁰ Shawn Marie Boyne, *Data Protection in the United States*, The American Journal of Comparative Law, Volume 66, Issue suppl_1, July 2018, Pages 299–343

assurer la protection du droit à la vie privée de l'ensemble des consommateurs, et connaître le sort des données collectées.

B. La nécessité d'une concurrence effective

Comme développé précédemment, les organismes de normalisation sont bien des entités à but non lucratif ; cependant les entreprises ont comme objectif la maximisation de leurs bénéfices. Pour ce faire, elles peuvent adopter des comportements anti concurrentiels en abusant de leur position dominante en tant que titulaires de brevets essentiels à une norme (titulaire de la norme ou du standard), ou en créant une entente anticoncurrentielle avec des entreprises du même marché afin d'évincer des concurrents.

Les pouvoirs publics se doivent de sanctionner ces comportements abusifs, c'est notamment le rôle de la Federal Trade Commission (FTC) aux Etats-Unis et de la Commission Européenne.

Au niveau européen, les articles 101 et 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) permettent de sanctionner notamment les ententes anticoncurrentielles et abus de position dominante. Au niveau nord-américain le Sherman Antitrust Act de 1890 sanctionne les cartels et abus de position dominante, tandis que le Clayton Antitrust Act de 1914 sanctionne d'autres comportement anticoncurrentiels tels que la discrimination par les prix ou encore les accords d'exclusivité.

Les organismes de normalisation à caractère privé peuvent parfois apparaître comme une entente anticoncurrentielle entre entreprises, ce qui est notamment sanctionné par l'article 101 du TFUE au sein de l'Union Européenne. Selon cet article, « sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur »³¹. Les entreprises peuvent notamment s'entendre

³¹ Article 101 du TFUE, adopté suite au Traité de Lisbonne signé le 17 décembre 2007
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A12008E101>

sur la fixation des prix, sur la répartition des parts de marché, ou encore infliger à des partenaires commerciaux des conditions inégales pour des prestations équivalentes.

Ainsi, dans le cadre d'un organisme de normalisation réunissant plusieurs entreprises concurrentes, si celles-ci décident de réduire le jeu de la concurrence entre les acteurs du marché en s'entendant sur des redevances à un prix très élevé ou en refusant de contracter avec des entreprises concurrentes identifiées, ce comportement anticoncurrentiel pourra en principe être sanctionné par la Commission Européenne.

Comme développé précédemment, la norme européenne est créée à travers des organismes de normalisation régulés par les pouvoirs publics. De cette manière, les collusions entre entreprises pour fausser le jeu de la concurrence sont plus réduites.

Ce n'est effectivement pas la situation aux Etats-Unis où le standard est créé par des entités privées. Dans ce cas le risque d'entente anticoncurrentielle est bien plus important.

La Commission Européenne s'est prononcée sur un cas d'entente en 1986 à propos du développement du standard *Unix operating system* au sein d'un organisme de normalisation privé *X/Open Group*³². Selon la Commission, les organismes de normalisation peuvent arriver à des accords entre entreprises du groupe, qui peuvent entraîner des restrictions dans la concurrence si le standard est obligatoire. Une entente peut également entraîner, selon elle, l'exclusion des entreprises concurrentes ne participant pas au développement du standard, ceci dépendant des règles pour participer à l'élaboration du standard, et pour faire partie de l'organisme de normalisation.

En résumé, tant que l'organisme de normalisation à caractère privé ne crée par un standard obligatoire et fermé, et tant qu'il ne restreint pas de manière injustifiée l'accès à l'organisme et à la participation à l'élaboration du standard, l'accord entre entreprises ne constitue pas une entente anticoncurrentielle.

³² Décision du 15 décembre 1986; *X/Open Groupe* [1986] OJ L 35/36. Cité par Pierre Larouche et Geertrui Van Overwalle *Interoperability standards, patents and competition policy* - Edité par Panagiotis Delimatsis, *The Law, Economics and Politics of International Standardisation*, p.375, n°21 International Trade and Economic Law, Cambridge University Press, 2015
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31987D0069>

C'est ce qui a été par la suite repris dans les lignes directrices de la Commission Européenne sur l'application de l'article 101 du TFUE³³. Selon la Commission, la standardisation peut amener à trois types de comportements restrictifs sur le marché : diminution de la concurrence par les prix, refus d'accès aux technologies innovantes et éviction de certaines entreprises, ou exercice de discriminations à leur égard, en les empêchant d'avoir accès effectivement à la norme³⁴. Un accord de normalisation créant un pouvoir de marché pour les entreprises à l'origine de la norme, peut représenter des effets restrictifs pour la concurrence³⁵, ce qui pourra être sanctionné au regard notamment de l'article 101 du TFUE.

Il faut souligner cependant la position des Etats-Unis, très favorable à une grande concurrence sur le marché des TIC. En laissant les entreprises développer elles-mêmes leur standard, en leur permettant de se réunir à travers des organismes de normalisation sans contrôle par les pouvoirs publics, les Etats-Unis laissent une grande liberté aux entreprises dans l'innovation ce qui permet une grande compétitivité des entreprises nord-américaines sur le marché.

Il est en effet important de laisser une certaine liberté dans la recherche et le développement afin de permettre aux entreprises de l'industrie des TIC d'innover rapidement, et d'assurer une grande compétitivité à l'échelle internationale, face aux géants notamment chinois ou sud-coréens (Huawei, Samsung). L'Union Européenne doit donc avoir un contrôle limité et veiller à ne pas entraver dans la recherche et le développement des entreprises européennes, sous peine de voir la compétitivité internationale de l'Union reculer notamment face aux Etats-Unis, la Chine ou la Corée du Sud.

³³ Considérant 280, COMMUNICATION DE LA COMMISSION Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (2011/C 11/01)

³⁴ Considérant 264, COMMUNICATION DE LA COMMISSION Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (2011/C 11/01)

³⁵ Considérant 277

CHAPITRE II

LA RECONNAISSANCE DU BREVET ESSENTIEL A UNE NORME : UN ACCORD DE TYPE CONTRACTUEL

Les entreprises propriétaires de brevets portant sur des normes ou standards, obtiennent le titre de « brevet essentiel à une norme » et s'engagent contractuellement auprès d'organismes de normalisation à délivrer des licences à des conditions FRAND (Section I). Ce titre offre aux titulaires des brevets un pouvoir de marché important, c'est pourquoi il est nécessaire d'obtenir des engagements de bonne foi de la part de ces derniers (Section II).

Section I :

Un contrat entre organismes de normalisation et entreprises privées

L'adoption du titre de brevet essentiel relève d'un accord contractuel entre organisme de normalisation et propriétaire de brevet (II). Il est nécessaire, avant cet accord, qu'un état ait délivré un titre de brevet portant sur une innovation (I).

I. La condition initiale : l'existence d'une innovation protégée par un brevet

Les législations européennes et nord-américaines offrent une durée de protection équivalente aux innovations, et évoluent vers un régime assez similaire (A). Un brevet portant sur une innovation qui s'est imposée comme norme ou standard sur le marché, peut obtenir le titre de brevet essentiel à une norme (B).

A. La protection des innovations aux Etats-Unis et dans l'Union Européenne

Le titre de brevet essentiel à une norme ne porte que sur des innovations brevetées.

Un brevet est un titre de propriété pouvant être délivré par les pouvoirs publics ou par une autorité reconnue par l'Etat, conférant à son titulaire un monopole temporaire d'exploitation

sur l'invention brevetée³⁶. Un titre de brevet peut être demandé par l'inventeur pour toute invention à caractère technique, nouvelle, et susceptible d'avoir une application industrielle. Le brevet permet pour son propriétaire d'empêcher les tiers de disposer de l'invention sans un accord préalable (délivrance de licence).

Au sein de l'Union Européenne, il est possible pour un inventeur d'enregistrer ses brevets au niveau national ou au niveau européen. Chaque législation étatique est différente, un inventeur peut choisir de faire une demande de brevet en France, en Italie, en Allemagne ou ailleurs, la procédure ne sera pas la même et le régime juridique de la protection pourra varier. L'enregistrement auprès de plusieurs états peut cependant être très coûteux pour le demandeur. Il existe par ailleurs un brevet dit « européen ».

Avant 2012, beaucoup d'entreprises voulant obtenir la protection de leurs innovations en Europe, relevaient la difficulté d'enregistrer ses droits, les coûts de procédure très élevés, et l'absence de droit uniforme, ce qui freinait en grande partie l'avancée de l'innovation européenne face à l'innovation américaine³⁷.

En effet, il était et il est toujours possible de demander l'enregistrement de ses brevets auprès de l'office européen des brevets (OEB). Cependant, afin que les brevets produisent pleinement leurs effets dans un état membre de l'Union Européenne, ces derniers doivent être traduits et déposés auprès de l'office national en charge des brevets, dudit état. Cette situation a pour conséquences d'obliger à faire traduire dans chacun des états membres, afin d'obtenir une protection des inventions sur l'ensemble du territoire européen. C'est donc une procédure lourde, longue et coûteuse, qui est une véritable entrave à l'innovation.

C'est pourquoi il a été développé et adopté le « paquet législatif sur le brevet de l'Union Européenne » avec le règlement mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine du

³⁶ Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux *Droit de la propriété industrielle*, Le brevet d'invention, p.129-133, 8^{ème} édition, 2017

³⁷ David Medina, *How The Unitary Patent Will Fragment European Patent Law*, Arizona State Law Journal, Vol. 47, Issue 1 (Spring 2015), pp. 319-342

brevet à effet unitaire³⁸. La protection unitaire a pour objet de rendre l'accès au système de brevet plus facile, moins coûteux et juridiquement plus sûr³⁹. Cette procédure est accessible à tout titulaire de brevet européen, indépendamment de sa nationalité, de son lieu de résidence ou son lieu d'établissement⁴⁰. Ainsi une entreprise américaine, ou chinoise, peut obtenir une protection uniforme sur le sol européen. Par ailleurs « le paquet législatif sur le brevet de l'Union Européenne » instaure une juridiction unifiée pour trancher les litiges relatifs à ce type de brevet.

Pour ce faire, l'inventeur doit dans un premier temps procéder à une demande dite « classique » auprès de l'OEB. Ce n'est qu'après validation du brevet par cet office, que le titulaire du brevet devra déposer au plus tard dans un délai d'un mois suivant la date de délivrance, une « demande d'effet unitaire »⁴¹. Le régime du brevet européen « classique » cohabite donc avec le régime du brevet unitaire européen.

Le régime juridique du brevet américain a quant à lui évolué depuis l'entrée en vigueur du « *America Invents Act* » le 16 mars 2013⁴². Auparavant, il était prévu un régime du premier inventeur « *first-to-invent* », la priorité était donnée au premier inventeur en cas de plusieurs dépositions par différents demandeurs

Aujourd'hui, le régime est en faveur du premier déposant « *first-to-file* », ce qui est le système également en Europe et ce qui permet aux Etats-Unis de s'aligner sur le principe international en la matière⁴³. Ainsi dès lors qu'une entreprise développe une innovation technologique, elle se doit de faire une demande de brevet le plus rapidement possible, que ce soit en Europe ou aux Etats-Unis. Sur le territoire européen comme américain, la protection offerte à l'inventeur

³⁸ Règlement (UE) n ° 1257/2012 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet

³⁹ Considérant 4 Règlement (UE) n ° 1257/2012

⁴⁰ Cf. note 38

⁴¹ Gwilym Roberts et Julia Venner, *Comprendre le brevet unitaire européen*, OMPI Magazine, Juin 2014
<https://wipo.int/fr/legislation/details/13315>

⁴² LEAHY-SMITH AMERICA INVENTS ACT, PUBLIC LAW 112-29—SEPT. 16, 2011
https://www.uspto.gov/sites/default/files/aia_implementation/20110916-pub-1112-29.pdf

⁴³ Henry Heines, *First To File: Patents for Today's Scientist and Engineer*, p.1-9, Hoboken, New Jersey : Wiley, 2014

est généralement de 20 ans à partir du dépôt de la demande, passés ces 20 ans le brevet tombe en principe dans le domaine public, et le propriétaire de brevet ne peut plus recevoir de royalties pour l'exploitation de son invention⁴⁴.

Il est plus rapide et facile d'obtenir des brevets aux Etats-Unis, ce qui amène certaines entreprises qui ne se « nourrissent » que de recettes de licences, à abuser du dépôt de droit de propriété intellectuelle (« *les patent trolls* »). C'est une situation qui se retrouve particulièrement dans le domaine des TIC en Amérique⁴⁵.

Ainsi les entreprises, titulaires de brevets, qui obtiendront le titre de brevet essentiel à une norme auprès d'un organisme de normalisation, recevront des royalties aussi longtemps que les brevets restent dans le patrimoine de l'entreprise et aussi longtemps que l'invention brevetée reste la norme. Ces brevets se rapportant à des standards permettent à leur propriétaire d'acquérir un pouvoir de marché pendant minimum 20 ans, et des recettes de licences quasi certaines et constantes, sauf à ce que le standard devienne obsolète et soit remplacé par un autre.

B. L'obtention du titre de brevet essentiel à une norme

L'obtention du titre de brevet essentiel à une norme se fait via un accord entre organisme de normalisation et propriétaire de brevet prévu par la politique de droits de propriété intellectuelle de l'organisme (« *IPR Policy* »).

Un standard dans le domaine des TIC peut faire l'objet de centaines de droits de propriété intellectuelle, particulièrement des brevets⁴⁶. Ces brevets sont dits « essentiels à une norme »

⁴⁴ Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
https://www.wipo.int/sme/fr/faq/patent_faqs.html

⁴⁵ Erik Gregersen, *Patent troll*, Encyclopaedia Britannica, Inc, 2019

⁴⁶ Catharina Maracke, *Free and Open Source Software and FRAND-based patent licenses How to mediate between Standard Essential Patent and Free and Open Source Softwar*, The Journal of World Intellectual Property, Wiley, 2019

parce que toute personne qui souhaite créer une technologie répondant aux normes, devra utiliser les brevets se rapportant à la norme.

Ce sont les organismes de normalisation, et non les états, qui délivrent ce titre suite aux déclarations, ou notifications des propriétaires de brevets relatifs à une norme. Dans leurs déclarations ils font part de leur invention et de son caractère « essentiel » à une norme.

Bien que l'obtention de ce titre ne se fasse pas par un processus étatique ou communautaire, il conduit à des effets juridiques importants. En effet, par ce titre, une entreprise promet à l'organisme de normalisation de délivrer des licences à des conditions justes, raisonnables et non discriminatoires. Cette promesse contractuelle sera contrôlée par les juges étatiques ou internationaux et donne lieu à de nombreux contentieux entre entreprises.

Les conditions relatives à l'octroi de licence dépendent des « *IPR Policy* » des organismes de normalisation. La politique la plus utilisée est bien celle des licences dites FRAND. Dans certains organismes il n'existe parfois simplement pas d'obligation⁴⁷, ce qui signifie que c'est aux propriétaires de brevets de déterminer seuls les conditions de délivrance de leurs licences.

Une étude a été menée par Iplytics afin de déterminer la répartition des brevets essentiels à une norme dans le monde⁴⁸. L'ETSI représentent 70% des brevets technologiques à l'échelle mondiale :

- les brevets essentiels à une norme relatifs aux ordinateurs sont très concentrés aux Etats-Unis ;
- dans le secteur de l'audiovisuel ce sont les organismes de normalisation japonais et américains qui en recensent le plus ;

⁴⁷ «Landscaping study on SEPs», Iplytics (2017) et «Patents and Standards - A modern framework for IPR-based standardization», ECSIP (2014)

⁴⁸ Cf. note 47

- concernant les bases de la télécommunication ce sont les organismes européens et la réunion des cinq offices de propriété intellectuelle régionaux (l'office européen des brevets, l'office japonais, l'office coréen, l'office chinois et l'office américain) ;
- et enfin pour les brevets relatifs aux communications digitales ils sont enregistrés principalement en Europe bien que les propriétaires soient souvent asiatiques ou américains⁴⁹.

Le titre de brevet essentiel à une norme ne peut être exclusif puisqu'il est délivré par de multiples organismes de normalisation nationaux comme internationaux. Les bases de données répertorient de nombreux brevets essentiels à une même norme, par exemple, plus de 23 500 brevets ont été déclarés comme essentiel à la norme GSM (système mondial de communications mobiles) et à la norme relative à la technologie 3G, toutes deux mises au point à l'ETSI⁵⁰.

Les organismes de normalisation n'effectuent en réalité pas un réel contrôle sur les déclarations et évaluations faites par les titulaires de brevets quant au caractère « essentiel » à une norme du brevet, ce qui n'offre pas de visibilité aux utilisateurs des brevets demandeurs de licences⁵¹. Il est reproché aux organismes de normalisation de manquer de transparence, et de ne pas assez contrôler le caractère essentiel des brevets.

La Commission Européenne souhaite une politique commune en matière de délivrance de licence pour ces brevets, afin que les entreprises notamment PME et start-ups puissent innover conformément aux normes et standard développés à des conditions viables économiquement.

Le titre de brevet essentiel permet à son titulaire d'avoir un pouvoir de marché conséquent, et de s'assurer un certain rendement sur ses droits de propriété intellectuelle. Il faut donc que les

⁴⁹ Cf. note 47

⁵⁰ COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL ET AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN - *Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes*, Bruxelles, le 29.11.2017 COM(2017) 712 final

⁵¹ Cf. note 50

organismes de normalisation contrôlent effectivement le caractère « essentiel » à une norme de ces brevets avant de leur accorder cette qualification ; pour ce faire la Commission Européenne et certains auteurs proposent un travail entre les offices de brevets nationaux et régionaux et les organismes de normalisation⁵², puisque les offices ont la qualité pour juger les caractéristiques du brevet.

Cependant, ce processus serait long et ralentirait l'innovation, cela relèverait d'un contrôle accru des organismes de normalisation dans le domaine des technologies, ce qui semble être un frein à l'innovation. Cette position ne pourra certainement pas être suivie par les organismes de normalisation à caractère privé américain, ni par les pouvoirs publics américains qui prônent une autonomie du secteur privé en la matière.

⁵² Patents and Standards A modern framework for IPR-based standardization, A study prepared for the European Commission Directorate-General for Enterprise and Industry, 2014
file:///C:/Users/LabUser/Downloads/Patents_and_Standards_Report.pdf

II. La qualification de l'accord entre organisme de normalisation et propriétaire de brevets

La jurisprudence a pu qualifier l'accord entre titulaire de brevet essentiel à une norme et organisme de normalisation comme un accord contractuel (A), cet engagement se doit de perdurer dans le temps (B).

A. L'existence d'un contrat au bénéfice d'un tiers

Les titres de brevets essentiels à des normes sont le fruit d'une politique de droits de propriété intellectuelle des organismes de normalisation (« *IPR Policy* »). Ces derniers prévoient quelles sont les conditions que doit s'obliger à respecter le titulaire de brevet dans l'octroi de licences des brevets essentiels à une norme. Les titulaires de brevets essentiels à une norme en rejoignant l'organisme de normalisation, se doivent de respecter les conditions établies par celui-ci. Cet accord relève d'un contrat et bénéficie à un tiers, le licencié⁵³.

En effet, la « *Court of Appeals for the Ninth Circuit* » des Etats-Unis a considéré dans un arrêt *Microsoft v. Motorola*, que l'accord du titulaire du brevet à « *l'IPR Policy* » de l'organisme de normalisation, était un contrat légalement obligatoire, (« *binding agreement* »), dont les obligations bénéficient notamment à Microsoft, tiers bénéficiaire⁵⁴.

Par ailleurs, « *l'IPR Policy* » de l'ETSI, se base sur le droit des contrats français, où l'on retrouve la même solution, avec des obligations contractées au profit d'un tiers bénéficiaire⁵⁵.

⁵³ Steven Anderman and Hedvig Schmidt, *EU Competition and Intellectual Property Right, The Regulation of Innovation, Technology Pools, Industrial Standards, and TTBE*, p.291 – 300, Oxford University Press, 2011

⁵⁴ Appeal from the United States District Court for the Western District of Washington James L. Robart, District Judge, Presiding, April 8, 2015—San Francisco, California, Filed July 30, 2015
<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2015/07/30/14-35393.pdf>

⁵⁵ <https://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-ipr-policy.pdf>

Aux Etats-Unis, le contrat se définit comme une promesse ou un ensemble de promesses pour lesquels la loi prévoit un recours en cas de violation, ou pour lesquelles la loi reconnaît une obligation⁵⁶. La formation d'un contrat nécessite en droit de common law un « *bargain* », une transaction, qui inclut une manifestation des consentements mutuels d'être lié par le contrat et une contrepartie à l'engagement de chacun, la « *consideration* » (des obligations réciproques)⁵⁷. Le droit des contrats est régi au niveau des états fédérés, ce sont donc eux qui définissent le droit applicable et les conditions requises. Il existe cependant un cadre commun.

Il est nécessaire que le titulaire de brevet manifeste son consentement d'être lié à l'organisme de normalisation, ce qui peut se faire en droit américain, par un écrit, ou se déduire du comportement des parties.

Par ailleurs, pour avoir un contrat valide dans les pays de common law, il est nécessaire d'avoir des obligations réciproques, même si celles-ci ne sont pas équivalentes : c'est la doctrine de la « *consideration* ». Il faut donc une contrepartie pour l'organisme de normalisation et pour le titulaire de brevet. Les redevances délivrées par le licencié au titulaire du brevet essentiel à une norme relèvent d'un deuxième contrat entre ces deux personnes.

L'obligation de délivrer des licences à des conditions favorables à un tiers, s'analyse comme la contrepartie reçue par l'organisme de normalisation dans cet accord, cependant la doctrine de « *privity* » refuse en principe la possibilité d'accorder des droits ou d'imposer des obligations à un tiers. La loi et la jurisprudence américaine ont en partie abandonné ce principe de common law et reconnaissent les droits d'un tiers, non partie au contrat, « *third party beneficiary contract* »⁵⁸. Il est donc tout à fait possible de stipuler pour autrui aux Etats-Unis.

⁵⁶ “A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty” Restatement (Second) Of Contracts, Chapter I.

⁵⁷ “Except as stated in Subsection (2), the formation of a contract requires a bargain in which there is a manifestation of mutual assent to the exchange and a consideration” Restatement (Second) Of Contracts, Chapter III.

⁵⁸ David M. Summers, *Third Party Beneficiaries and the Restatement (Second) Of Contracts*, Cornell Law Review, Volume 67
<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4291&context=clr>

Par ailleurs, le droit anglais a également consacré la possibilité de faire bénéficier un tiers du contrat à travers le « *The Contract (Right Of Third Parties) Act* ».

La contrepartie reçue par le titulaire du brevet peut s'analyser comme étant le titre de « brevet essentiel à une norme » accordé par l'organisme de normalisation et le pouvoir de marché qui en découle.

La jurisprudence américaine considère que l'engagement de délivrer des licences à des conditions FRAND peut être qualifié de contrat en fonction des termes des politiques de droits de propriété intellectuelle des organismes de normalisation, des termes des déclarations spécifiques relatives aux licences du titulaire de brevets, et du droit des contrats applicable⁵⁹. Plusieurs cours américaines appliquant le droit des contrats de différents états notamment le droit de Washington, ou encore le droit français, ont considéré que l'accord constituait un contrat ferme et qu'un utilisateur du standard était un tiers autorisé à demander la réalisation de l'obligation du titulaire du brevet de délivrer des licences à des conditions FRAND⁶⁰.

Au sein de l'Union Européenne, les juges anglais ont également retenu cette solution en faisant application du droit français⁶¹.

Dans les pays de tradition romano-germanique comme en France ou en Italie, le contrat nécessite d'être en capacité de contracter, le consentement des parties, ainsi qu'un contenu licite et certain. Le non-respect d'une de ces conditions de formation rend le contrat nul.

⁵⁹ Apple, Inc. v. Motorola Mobility, Inc., 886 F. Supp. 2d 1061, 1083 (W.D. Wis. 2012) (Crabb, J.), cité par J. Gregory Sidak, *The FRAND Contract*, CRITERION Journal On Innovation, Vol 3, 2018

⁶⁰ TCL Commc'ns Tech. Holdings, Ltd. v. Telefona- ktiebolaget LM Ericsson, No. 14-341, 2017 WL 6611635, slip op. at *5 (C.D. Cal. Dec. 17, 2017) (Selna, J.) (applying French contract law), *appeal docketed*, No. 18-1363 (Fed. Cir. Jan. 2, 2018); Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 696 F.3d 872, 878 (9th Cir. 2012) (applying Washington state law), cités par J. Gregory Sidak, *The FRAND Contract*, CRITERION Journal On Innovation, Vol 3, 2018

⁶¹ « The UK Patents Court has found that an SEP holder's FRAND commitment to the European Telecommunications Standards Institute (ETSI) constitutes a binding contract with that SSO, pursuant to French law ». See Apple Retail UK Ltd. v. Qualcomm (UK) Ltd. [2018] EWHC (Pat) 1188 (Eng.); Unwired Planet Int'l Ltd. v. Huawei Techs. Co. [2017] EWHC (Pat) 1304 (Eng.) J. Gregory Sidak, *The FRAND Contract*, CRITERION Journal On Innovation, Vol 3, 2018

Ces conditions sont également présentes dans la jurisprudence des juges de common law où le contrat peut être considéré comme inapplicable en l'absence d'une des conditions.

Une trop grande incertitude dans les *IPR Policies* représenterait un contenu non certain du contrat, qui le rendrait « *inapplicable* », selon le professeur Jorge Contreras⁶². En effet, le Juge Charles E. Bullock, « *Chief Administrative Law Judge* », à la FTC, faisant application de la loi des contrats New-Yorkaise, qui comme la loi française nécessite que les termes du contrat soient déterminés et certains, a considéré que le contrat appelant à délivrer des licences à des conditions FRAND, devait être considéré comme nul, pour faute d'indétermination dans la politique de l'organisme de normalisation, en l'occurrence le « *Joint Electron Device Engineering Council* » (JEDEC)⁶³. Les termes raisonnable (« *reasonable* ») et sans discrimination (« *without unfair discrimination* ») n'étaient pas définis dans la politique de l'organisme de normalisation. Le Juge Charles E. Bullock préconisait de définir ces termes, et de ne pas les laisser à la libre appréciation des titulaires de brevets essentiels à une norme.

Par ailleurs, le Juge Theodore Essex, également à la FTC, avait considéré que la politique d'ETSI et ses règles de procédure, ne formaient pas un contrat, mais plutôt un guide pour l'organisme de normalisation en lui-même et ses membres, dans leurs interactions entre membres, avec l'organisme, et avec un tiers bénéficiaire⁶⁴.

Cependant, le contrat entre organisme de normalisation et titulaire de brevet essentiel à une norme est en principe systématiquement reconnu par les cours de justice européenne et états-uniennes⁶⁵.

⁶² Jorge L. Contreras, A Market Reliance Theory for FRAND Commitments and Other Patent Pledges, 2015 Utah L. Rev. 479, 515

⁶³ Certain Memory Modules and Components Thereof, and Products Containing Same, Inv. No. 337-TA-1023, at 195 (USITC Nov. 14, 2017) (Final Initial Determination) [USITC Inv. No. 337-TA-1023, Final Initial Determination] cité par Gregory Sidak, *The FRAND Contract*, CRITERION Journal On Innovation, Vol 3, 2018

⁶⁴ Certain Wireless Devices with 3G and/or 4G Capabilities & Components Thereof, Inv. No. 337-TA-868, Pub. 2929, 2014 WL 2965327, at *75 (USITC June 13, 2014) (Initial Determination), *The FRAND Contract*, CRITERION Journal On Innovation, Vol 3, 2018

⁶⁵ Gregory Sidak, *The FRAND Contract*, CRITERION Journal On Innovation, Vol 3, 2018

En réalité, si le tiers, licencié, devant bénéficier de l'octroi d'une licence à des conditions FRAND, ne pouvait pas se prévaloir du contrat entre organisme et titulaire du brevet, celui-ci étant considéré comme inapplicable pour incertitude, il en résulterait une situation trop favorable au titulaire du brevet essentiel à une norme, qui pourrait délivrer des licences à des conditions défavorables et abuser de sa position dominante sur le marché. Son obligation de délivrer des licences à des conditions FRAND serait considérée comme inexistante.

Il convient donc pour les organismes de normalisation, de définir les termes « juste », « raisonnable » et « non discriminatoire », afin de ne pas risquer qu'un titulaire de brevet essentiel à une norme ayant délivré une licence à des conditions non FRAND, n'agisse en justice pour que le contrat avec l'organisme soit déclaré inapplicable pour absence de contenu certain.

Il est souhaitable que les organismes de normalisation gardent une preuve écrite de l'engagement des titulaires de brevet, et qu'ils donnent une véritable définition des conditions d'octroi de licences, question qui sera développée par la suite (cf. Titre II, Chapitre I).

B. Le sort du contrat dans le temps

Il est légitime de se demander quel sera le sort du contrat en cas de cessions des droits de propriété intellectuelle à une seconde entité, suite à la cession d'un fonds de commerce, ou en cas de fusion-absorption, ou encore d'apport partiel d'actifs, voire à la suite d'une simple cession des titres de brevets.

Si l'ensemble des droits de propriété intellectuelle touchant aux brevets essentiels à une norme passent dans un second patrimoine, il est nécessaire que l'obligation de délivrer des licences à des conditions FRAND persiste. Le nouveau propriétaire des brevets, titulaire des droits de propriété intellectuelle se rapportant à une norme ou un standard, se doit de continuer de délivrer les licences aux mêmes conditions, pour assurer la continuité du marché.

En effet, si le nouveau titulaire des brevets établit de nouvelles conditions, avec des royalties plus importantes, le licencié souhaitant continuer à intégrer le standard ou la norme dans ses

technologies, se verrait obligé de payer un prix plus important, ou d'utiliser le standard sans payer de licence, ce qui reviendrait à contrefaire le brevet. Dans ce dernier cas, le titulaire du brevet pourrait agir en contrefaçon à l'encontre du contrefacteur, qui refuse de payer les redevances de la licence.

Afin de continuer à permettre l'interopérabilité entre appareils, et d'assurer la suite de la production de technologies existantes ou nouvelles par les licenciés, il faut assurer des conditions d'exploitation du brevet stables.

Cependant, le signataire de la convention avec l'organisme de normalisation n'est pas le cessionnaire, nouveau propriétaire des brevets, mais bien le premier titulaire des droits de propriété intellectuelle qui a signé l'obligation de délivrer des licences à des conditions FRAND. Lors d'une transmission universelle de patrimoine, en cas de fusion-absorption ou apport partiel d'actifs, seuls les contrats *intuitu personae*, c'est-à-dire les contrats faisant de la personne cocontractante une condition déterminante pour la conclusion du contrat, peuvent faire exception dans la transmission des contrats⁶⁶. En effet, pour que de tels contrats soient transmis il faut en principe obtenir l'accord de volonté du cocontractant, quant à la substitution de parties. Les autres contrats sont transmis automatiquement au cessionnaire sans accord de volonté du cocontractant.

Le contrat entre organisme de normalisation et titulaire de brevet essentiel à une norme n'est pas conclu en fonction de la personne de l'organisme ou encore du propriétaire du brevet, mais en fonction des droits de propriété intellectuelle se rapportant à la norme ou au standard. En cas de transmission universelle de patrimoine, ce contrat sera cédé automatiquement, et le cessionnaire sera dans l'obligation de délivrer des licences à des conditions FRAND, sous peine de voir le licencié ou l'organisme de normalisation saisir les cours de justice.

Par ailleurs, en cas de cession simple des droits de propriété intellectuelle, ou cession d'un fonds de commerce, la cession relative au contrat FRAND n'est pas automatique, il est nécessaire que

⁶⁶ Cass. com., 29 oct. 2002, n° 01-03.987, n° 1720, M. Decaudain c/ Sté Sucrerie de Bucy-Le-Long, rejet, CA Amiens, 6 févr. 2001

le cédant cède également ce dernier contrat. En l'absence d'un tel acte, le nouveau titulaire des droits ne pourra pas se voir, en principe, forcé à délivrer des licences à des conditions FRAND, il pourra dans ce cas délivrer des licences aux conditions qu'il détermine.

Cependant, dans le cadre d'un litige opposant un ancien licencié et un cessionnaire de titres de brevets essentiels à une norme, auquel il n'a pas été transmis l'obligation de délivrer des licences à des conditions FRAND, il est possible que le juge oblige le cessionnaire à délivrer des licences à de telles conditions, en considérant que le nouveau titulaire abuse de sa position dominante sur le marché, en application de l'article 102 du TFUE ou en vertu de la Section II du Sherman Antitrust Act.

En réalité, les licences sont délivrées pour une durée généralement égale à la durée de protection du brevet, c'est-à-dire 20 ans. Ainsi les contrats de licence déjà conclus avant la cession du brevet, seront en principe maintenus aux mêmes conditions⁶⁷.

Par ailleurs, à l'expiration des droits de propriété intellectuelle, l'exploitation de l'invention tombe en principe dans le domaine public, sauf rare cas d'extension de la durée de protection, ce qui signifie que toute personne souhaitant exploiter l'invention aura la possibilité de la reproduire et l'utiliser sans verser des royalties au titulaire du brevet. Les standards technologiques pourront dans ce cas être intégrés directement, sans octroi de licence. Cependant, l'innovation étant de plus en plus rapide, les standards et normes changent et se renouvellent rapidement, ce qui nécessite de contracter avec les nouveaux titulaires de brevets, pour intégrer les nouveaux standards technologiques.

⁶⁷ La cession de brevet n'a pas, par elle-même, pour effet de mettre un terme aux licences concédées, la transmission des droits attachés à un brevet, ne portant pas, suivant les prescriptions de l'article L. 613-8 Code de Propriété Intellectuelle, atteinte aux droits acquis par les tiers avant les transmissions (CA Paris, 26 septembre 1994, PIBD 1994, III, 595)

Par ailleurs, la cession d'un contrat synallagmatique permet au cédé de poursuivre directement le cessionnaire qui est tenu envers lui en vertu du contrat transmis (Civ. 14 dec, 1982)
Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, p.431-433, Précis, Dalloz, Septembre 2017

Section II :

Un pouvoir de marché pour le titulaire du brevet nécessitant des engagements de bonne foi

Le titre de brevet essentiel à une norme, permet à son titulaire de bénéficier d'une position dominante sur le marché (I), ce qui nécessite un comportement de bonne foi de sa part (II), afin d'assurer l'absence d'abus.

I. Une position dominante sur le marché pour le titulaire de brevet essentiel à une norme

Le brevet essentiel à une norme permet à son propriétaire d'acquérir une certaine position dominante sur le marché (A), ce qui lui assure un pouvoir de marché conséquent (B).

A. Une situation de dominance

Les titres de propriété intellectuelle, notamment le brevet, permettent d'acquérir un droit exclusif, ce qui donne un important avantage sur le marché. En effet, le brevet est unique, il repose sur une invention donnée, et il confère un droit unique sur cette dernière à son propriétaire. Afin de pouvoir exploiter l'invention, il est nécessaire de se tourner vers le propriétaire du brevet pour se voir délivrer une licence en échange de redevances.

Sur le plan de la concurrence, le brevet est perçu comme offrant à son propriétaire une situation de monopole sur un produit donné, ce qui peut entraîner une limitation de l'utilisation des inventions et une réduction du bénéfice social⁶⁸.

⁶⁸ Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux *Droit de la propriété industrielle*, Le brevet d'invention, p.135-139, 8^{ème} édition, 2017

Cependant le brevet n'assure pas nécessairement un pouvoir de marché, ou un monopole. Il peut exister d'autres technologies équivalentes, que les opérateurs du marché pourront préférer⁶⁹.

On peut citer l'exemple des « jeux de puces », « *chipset* », c'est un ensemble de composants électroniques, intégrés dans un circuit qui contrôle le flux de données numériques et instructions entre le processeur, la mémoire et les périphériques. Cette technologie est notamment intégrée dans les smartphones. Des entreprises telles que Intel, Qualcomm ou encore Mediatek, développent ces jeux de puces sur le marché. Par la suite, les fabricants de smartphones comme Apple, Samsung ou Huawei, choisissent la technologie la plus adaptée à leur demande. Actuellement, les recherches et développement des entreprises se tournent vers la création de « *chipset* » 5G.

Il existe donc différentes technologies ayant un même objet, et un même but, qui sont substituables. Il appartient aux opérateurs du marché d'effectuer leur choix en fonction de leur demande. Ainsi le titulaire de brevet a bien un droit exclusif sur un produit donné, mais il ne bénéficie pas nécessairement d'un monopole sur le marché.

Le titulaire du brevet essentiel à une norme bénéficie d'un avantage : il est désigné comme norme ou standard par un organisme de normalisation. Les entreprises souhaitant innover ou intégrer le standard technologique ou la norme dans leur technologie, et voulant se conformer à la norme, iront nécessairement contracter avec le titulaire du brevet afin d'obtenir des licences d'exploitation.

Il peut exister plusieurs brevets répondant à un standard, par exemple différents « *chipsets* » développés par des entreprises concurrentes pour la norme 5G ; cependant c'est un nombre réduit d'entreprises qui détiennent les parts de marché, et leur technologie revêt un aspect indispensable pour les entreprises souhaitant répondre au standard et pour permettre notamment l'interopérabilité avec d'autres appareils. Les titulaires des brevets sont donc en situation de force par rapport aux licenciés.

⁶⁹ Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, Le droit de brevet et le droit de la concurrence, p.472-473, Précis, Dalloz, Septembre 2017

Aussi, le plus souvent il existe une technologie plus utilisée et appréciée par les entreprises qu'une autre ; dans le cas des « *chipsets* » intégrées dans les smartphones, c'est l'entreprise Qualcomm qui équipe la majorité des téléphones haut de gamme⁷⁰. Il existe généralement une entreprise en position dominante sur le marché.

Par ailleurs, il peut arriver qu'une entreprise développe une technologie qui tend à devenir un standard, du fait de son utilisation répétée sur le marché (« *de facto standard* »). Cette entreprise, en l'absence de toute concurrence, peut acquérir une position de monopole sur le marché : elle devient la seule entité vers laquelle les utilisateurs peuvent se tourner sur le marché. Les demandeurs souhaitant intégrer la norme à leurs innovations et technologies n'auront pas d'autre choix que de répondre aux exigences et conditions du titulaire de brevet essentiel à une norme.

Cette situation entraîne un fort pouvoir de marché et nécessite un contrôle des autorités de concurrence nationale et régionale, afin de réprimer tout abus.

Par exemple, s'il n'existait qu'un développeur de « *chipset* » pour smartphones sur le marché, les fabricants de smartphones seraient dans l'obligation de se tourner vers ce développeur afin de pouvoir innover à leur tour, et de répondre à ses conditions pour obtenir l'octroi d'une licence. C'est pourquoi le système de licence FRAND a été mis en place, pour assurer que les entités en situation de dominance ou de monopole sur le marché n'abusent pas de leur position.

En reprenant l'exemple précédant, on pourrait supposer que le développeur de « *chipset* » en situation de monopole est également un fabricant de smartphones, dans ce cas il serait en concurrence directe avec les autres fabricants de smartphones. Ainsi, en l'absence de contrôle, il pourrait adopter un comportement visant à évincer toute concurrence sur le marché des smartphones. Il est absolument nécessaire de limiter ce pouvoir de marché, a priori, par le système de licence FRAND, et a posteriori, par le contrôle des autorités de concurrence.

⁷⁰ https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/01/18/ Huawei-et-zte-au-c-ur-des-tensions-commerciales-entre-les-etats-unis-et-la-chine_5410963_3234.html

B. Un pouvoir de marché conséquent

Le pouvoir de marché s'analyse comme la situation dans laquelle un opérateur économique peut fixer ou maintenir ses prix aux dessus du niveau de concurrence⁷¹. Le titulaire de brevet essentiel à une norme, à travers son droit exclusif et sa position dominante sur le marché, bénéficie d'un pouvoir de marché important.

Comme mentionné précédemment le statut de norme oblige les opérateurs du marché souhaitant intégrer la norme à leur technologie, à demander des licences aux titulaires des brevets. Sans accord des propriétaires des brevets essentiels à une norme, l'innovateur ne peut intégrer la technologie, sous peine de se voir condamner par les cours de justice en contrefaçon.

En cas de condamnation pour contrefaçon, le contrefacteur pourra se voir interdire la production et la vente de sa technologie intégrant la norme ou le standard, par ailleurs sa responsabilité sera engagée avec le versement d'importants dommages et intérêts au titulaire du brevet notamment en tenant compte du montant des redevances qui n'ont pas été versées.

Ainsi, par le jeu de l'action en contrefaçon, le titulaire des brevets peut imposer ses prix en menaçant les demandeurs de licences d'agir à leur encontre en cas d'utilisation de la norme et en cas de refus de paiement des redevances demandées.

Cette situation apporte un frein aux développements et recherches puisque les entreprises innovantes, souhaitant intégrer la norme ou le standard, seront dans l'obligation de payer des redevances à un prix déterminé par le titulaire des brevets qui peut représenter un important coût et réduire les moyens accordés à la recherche et au développement de nouvelles technologies.

Aussi, si l'innovateur décide d'intégrer la norme sans autorisation des propriétaires de droits de propriété intellectuelle, un long contentieux pour contrefaçon pourra s'en suivre, ce qui aura également des conséquences néfastes sur le budget accordé à la recherche.

⁷¹ <https://www.concurrences.com/fr/glossaire-des-termes-de-concurrence/pouvoir-de-marche>

Les droits de propriété intellectuelle permettent d'obtenir un monopole sur un produit donné, puisque seul l'inventeur, ou propriétaire des brevets en cas de cession, peut autoriser son exploitation. Dans le cadre de la norme ou du standard ce monopole est accentué par la qualité du brevet dit « essentiel à une norme ».

Dans l'affaire Huawei contre ZTE devant la Cour de Justice de l'Union Européenne⁷², Huawei était titulaire d'un brevet européen notifié comme essentiel à une norme à l'ETSI. ZTE et Huawei n'étaient pas parvenus à un accord quant au montant des redevances de licence pour l'exploitation de la norme, cependant ZTE a utilisé la norme technologique développée par Huawei. Pour continuer à innover, ZTE se trouvait dans l'obligation d'utiliser la norme, mais refusait de payer les montants des redevances demandés qu'elle jugeait comme trop importants. Bien que Huawei se devait de délivrer des licences à des conditions FRAND, elle était libre dans l'appréciation de ces conditions.

Ainsi, du fait de sa position dominante sur le marché, Huawei pouvait fixer discrétionnairement le montant des redevances et potentiellement abuser de sa position.

⁷² CJUE, 16 juillet 2015, C-170/13, Huawei contre ZTE Corp. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=7D55B8338178CAE62CF2BBF679F3849D?text=&docid=165911&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8267730>

II. Le devoir de bonne foi du titulaire de brevet essentiel à une norme

Le propriétaire d'un brevet essentiel à une norme se doit d'agir et de contracter de bonne foi sur le marché pour la délivrance de licences d'exploitation du brevet. Il s'est engagé auprès d'un organisme de normalisation à délivrer des licences à des conditions justes, raisonnables et non discriminatoires.

Comme étudié précédemment c'est un engagement contractuel, les parties sont dans l'obligation d'exécuter de bonne foi leurs engagements. Le titulaire d'un brevet essentiel à une norme doit agir de bonne foi en remplissant son engagement auprès de l'organisme de normalisation mais également agir de bonne foi avec le tiers bénéficiaire en lui concédant des licences à des prix raisonnables. Il a donc un double devoir de bonne foi.

La notion de devoir général de bonne foi (« *duty of good faith* ») est très développée dans les systèmes de droit romano-germaniques, notamment en France et en Allemagne. Les parties sont dans l'obligation de négocier, contracter et exécuter leurs engagements de bonne foi. Le Code civil français le prévoit en son article 1104⁷³, et le Code civil allemand, « *Bürgerliches Gesetzbuch* », au paragraphe § 242.

La bonne foi est définie comme une obligation de loyauté, d'intégrité, d'honnêteté ou de coopération⁷⁴. Cette notion permet aux juges de limiter notamment les abus de droit des parties au contrat.

Cependant ce principe n'est pas repris dans la phase des négociations en droit de common law. Le droit anglo-américain est fondé principalement sur le principe de liberté contractuelle, et sur

⁷³ Article 1104 du Code civil : Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.

⁷⁴ A. Benabent, Droit Civil, Les obligations, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2005, n. 285 p. 214 ; G.Cornu (dir.), Vocabulaire Juridique, 2e éd., Paris, PUF, 2001, V^o Bonne foi

une vision individualiste du contrat, contrairement au droit français ou encore allemand, où le contractant doit prendre en compte l'intérêt de son contractant⁷⁵.

En effet, le juge Ackner considérait que « *The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties when involved in negotiations [...] A duty to negotiate in good faith is as unworkable in practice as it is inherently inconsistent with the position of negotiating party*⁷⁶ ». Ainsi, le contractant n'est pas dans l'obligation de négocier de bonne foi au regard du droit anglais. En effet, en droit de Common Law, il est permis de rompre abusivement les pourparlers, le principe de bonne foi n'existe pas dans la phase précontractuelle⁷⁷.

La même solution a été consacrée par la jurisprudence américaine notamment dans un arrêt *Venture Associates Corporation v. Zenith Data Systems Corporation* en 1996⁷⁸.

En appliquant cette position jurisprudentielle aux négociations qui s'établissent entre propriétaire de brevet essentiel à une norme et innovateurs, souhaitant intégrer la norme à leur technologie, le propriétaire ne serait pas dans l'obligation au regard du droit anglais, de négocier de bonne foi. Il pourrait prendre en compte uniquement ses intérêts sans prendre en compte ceux des demandeurs de licences, et fixer le prix des redevances de manière discrétionnaire, et finalement abuser de ses droits de propriété intellectuelle.

Cependant, l'obligation issue du contrat avec l'organisme de normalisation oblige le propriétaire des brevets à se comporter de bonne foi vis-à-vis des tiers bénéficiaires. Il est

⁷⁵ Sophie Vigneron, *Le rejet de bonne foi en droit anglais*, 2008 <https://core.ac.uk/download/pdf/90470.pdf>

⁷⁶ *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, p. 138.

« Le concept d'obligation de mener des négociations de bonne foi est fondamentalement contraire à la position adverse des parties impliquées dans des négociations [...] L'obligation de négocier de bonne foi est aussi inapplicable dans la pratique puisqu'il est intrinsèquement incompatible avec la position de la partie négociatrice »

Pour une appréciation critique de cette décision, voir J. Steyn, « Contract Law : Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men », (1997) 113 *Law Quarterly Review* 433, p. 439.

⁷⁷ Kessler, Friedrich/ Fine, Edith, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 *Harv.L.Rev.* 1963/64, at 401 et seq.
https://www.trans-lex.org/125100/_kessler-friedrich-fine-edith-culpa-in-contrahendo-bargaining-in-good-faith-and-freedom-of-contract-a-comparative-study-77-harvrev-1963-64-at-401-et-seq/

⁷⁸ *Venture Associates Corporation, Plaintiff-appellant, v. Zenith Data Systems Corporation, Defendant-appellee*, 96 F.3d 275 (7th Cir. 1996)
<https://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1074423.html>

nécessaire d'assurer une certaine confiance entre les différents acteurs du marché, et l'absence d'abus de droit.

Les cours américaines ou anglaises, bien que le devoir de bonne foi soit un concept romano-germanique, sont dans l'obligation d'imposer aux titulaires de brevets essentiels à une norme de négociation de bonne foi, afin que le contrat avec l'organisme de normalisation soit respecté.

Le contrat FRAND oblige finalement les propriétaires de brevet à négocier de bonne foi.

En effet, la Cour d'appel du district de Washington, dans un arrêt *Microsoft v. Motorola*, a considéré que Motorola n'avait pas respecté son obligation de délivrer des licences à des conditions « *reasonable and non discriminatory* », et son obligation de contracter de bonne foi⁷⁹.

C'est un engagement de modération de la part du titulaire de brevet essentiel à une norme à l'égard d'un tiers bénéficiaire, souhaitant intégrer la norme ou le standard à sa technologie. Le propriétaire qui bénéficie d'une position dominante sur le marché, doit négocier et fixer le prix des redevances en fonction de son futur cocontractant, en prenant notamment en compte la capacité financière de ce dernier.

⁷⁹ « A jury determined that Motorola had breached its RAND good faith and fair dealing obligations in its dealings with Microsoft »
Appeal from the United States District Court for the Western District of Washington James L. Robart, District Judge, Presiding, April 8, 2015—San Francisco, California, Filed July 30, 2015
<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2015/07/30/14-35393.pdf>

Titre II :

La limitation de la position dominante du titulaire du brevet essentiel à une norme en droit américain et européen

Le système de licence FRAND a été mis en place pour s'assurer que les titulaires de brevets essentiels à une norme n'abusent pas de leur position dominante sur le marché (Chapitre II). Les organismes de normalisation ne définissent pas strictement les termes « juste, raisonnable et non discriminatoire » et les jurisprudences américaine et européenne connaissent des difficultés pour déterminer la consistance de ces conditions (Chapitre I).

Chapitre I:

L'obligation de délivrer à des conditions « *fair, reasonable, and non discriminatory* » : une difficile définition des termes et du montant des redevances de licences

Les conditions d'octroi de licences ne sont pas réellement définies par les organismes de normalisation, ce qui pose des difficultés pour déterminer le montant des redevances de licences (Section I). En cas de contentieux quant au montant des redevances, les cours sont amenées à juger les conditions d'octroi des licences, et leur prix, et donc à s'immiscer dans les termes du contrat de concession de licence (Section II).

Section I :

L'absence de définition précise des termes par les organismes de normalisation

Les organismes de normalisation ne définissent pas réellement les conditions d'octroi de concession de licences par les titulaires de brevets essentiel à une norme (I), cependant il pourrait être mis en place un système dans lequel les conditions et le montant des royalties sont définis en partie *ex-ante* afin d'éviter la multiplication de contentieux sur ces questions (II).

I. Des termes à expliciter

Le contrat entre organisme de normalisation et titulaire de brevet essentiel à une norme comporte des termes trop généraux et subjectifs (A), par ailleurs les objectifs donnés par les organismes de normalisation sont larges et n'apportent pas de limitation au titulaire du brevet (B).

A. L'utilisation de termes trop généraux et subjectifs

Le développement et l'accélération de l'innovation dans le domaine des TIC a changé le paysage pour l'octroi de licences.

En effet, dans les années 1990, les standards et normes impliquaient très peu d'entreprises, majoritairement de pays industrialisés, qui étaient à la fois les titulaires de brevets essentiels à une norme et les entreprises intégrant la norme. Ces dernières s'engageaient dans des licences croisées échangeant leurs portefeuilles de brevets, en payant seulement de faibles redevances. Les entreprises ou personnes n'étant pas impliquées dans le système de normalisation, payaient généralement d'importantes royalties⁸⁰.

Aujourd'hui, le nombre d'acteurs sur le marché s'est multiplié, de plus en plus d'entreprises se sont spécialisées dans la recherche et le développement de standards technologiques.

Le brevet essentiel à une norme est aujourd'hui une source de profit, et d'avantages concurrentiels. Le nombre de contentieux s'est multiplié ces dernières années, et le prix des licences a des répercussions directes sur le prix des produits finaux proposés aux consommateurs⁸¹.

⁸⁰ Yann Ménière, *Fair, Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND) Licensing Terms, Research Analysis of a Controversial Concept*, JCR and Policy Report, Commission Européenne 2015
<http://is.jrc.ec.europa.eu/pages/ISG/EURIPIDIS/documents/05.FRANDreport.pdf>

⁸¹ Cf. note 80

Cependant les « *IPR Policies* » des organismes de normalisation n'ont pas évolué et utilisent des termes trop généraux. « *L'American Standards Association* » peut être considérée comme le premier organisme de normalisation à avoir publié une politique de licence FRAND en 1959⁸².

Dans certaines politiques de droits de propriété intellectuelle, les organismes utilisent les trois termes « *fair, reasonable and non discriminatory* », d'autres n'utilisent que les deux derniers termes, en estimant que le terme « juste », a une valeur trop subjective, et un but équivalent à « raisonnable et non discriminatoire ».

Ces « *IPR policies* » ont été adoptées pour la plupart dans les années 1990 par les organismes de normalisation.

En prenant l'exemple de la politique d'ETSI, les trois termes ne sont pas définis, il est seulement dit « *when an ESSENTIAL IPR relating to a particular STANDARD or TECHNICAL SPECIFICATION is brought to the attention of ETSI, the Director-General of ETSI shall immediately request the owner to give within three months an irrevocable undertaking in writing that it is prepared to grant irrevocable licences on fair, reasonable and non-discriminatory ("FRAND") terms and conditions under such IPR* »⁸³. La portée des conditions n'est pas définie dans la suite de la politique, ce qui laisse une totale liberté dans leur interprétation par le titulaire du brevet essentiel à une norme. L'adoption de la politique de l'ETSI résulte d'un vote par les différents membres en 1994.⁸⁴

⁸² "Standards should not include items whose production is covered by patents unless the patent holder agrees to and makes available to any interested and qualified party a license on reasonable terms" (ASA 1959 policy, 11.6) Contreras (2018), in *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law* (J. L. Contreras ed.), Chapter 9, pp. 149–169, "Origins of FRAND Licensing Commitments in the United States and Europe."

⁸³ «Lorsqu'un droit de propriété intellectuelle essentiel, relatif à un standard ou une spécification technique, particulière est porté à la connaissance de l'ETSI, le directeur général de l'ETSI demande immédiatement à son propriétaire de prendre, dans les trois mois, un engagement irrévocable par écrit d'être prêt à accorder des licences à des conditions justes, raisonnables et non discriminatoires («FRAND») dans le cadre de ces droits de propriété intellectuelle ».

<https://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-ipr-policy.pdf>

⁸⁴ Steven ANDERMAN, Ariel EZRACHI *Intellectual Property and Competition Law : New Frontiers*, p.389-395, OXFORD University Press, 2013

Premièrement les termes « *fair and reasonable* », sont des termes permissifs, auxquels on ne peut donner de véritable réponse. La notion de prix raisonnable ou juste appartient à l'appréciation de chacun, et à la situation dans laquelle les négociations se déroulent. Par exemple, contracter dans l'urgence ne donnera pas les mêmes résultats que de longues négociations⁸⁵.

Le terme « *fair* », juste, est utilisé pour assurer que les titulaires de brevet n'adoptent pas des comportements anticoncurrentiels, illégaux en abusant de leur position dominante.

Le caractère « *reasonable* », raisonnable, s'apprécie, selon les professeurs Galloux et Azéma, par rapport à la valeur économique avant l'élaboration de la norme et le taux demandé après l'adoption de celle-ci dans le secteur⁸⁶. Certains organismes, notamment l'ETSI, exigent pour ce faire de fixer le montant maximal des redevances qu'il pourra requérir de ces licenciés. Le caractère raisonnable s'applique aux redevances seules mais également aux redevances cumulées, versées à d'autres titulaires de brevet se rapportant au standard⁸⁷.

Le terme « *non discriminatory* » est plus facilement définissable, le titulaire du brevet essentiel à une norme, doit délivrer à des conditions équivalentes les licences d'exploitation de son brevet. Il ne doit pas profiter de sa position dominante sur le marché, pour évincer un concurrent, en l'empêchant d'accéder à la technologie, ou en l'obligeant à payer des royalties à un prix trop élevé. Si le propriétaire du brevet a concédé son brevet à certaines conditions à un licencié, les conditions de calcul des redevances, doivent être les mêmes pour les prochains demandeurs de licences.

Cependant les conditions n'ont pas nécessairement à être identiques, elles dépendent également du cocontractant, futur licencié, et notamment de sa capacité financière.

⁸⁵ Steven ANDERMAN, Ariel EZRACHI *Intellectual Property and Competition Law : New Frontiers*, p.39, OXFORD University Press, 2013

⁸⁶ Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux *Droit de la propriété industrielle*, Le brevet d'invention, p.492, 493, 8^{ème} édition, 2017

⁸⁷ Cf. note 85

B. L'absence d'objectifs précis

Il n'existe aucun règlement ou loi imposant des licences FRAND, ce sont les organismes de normalisation qui déterminent leurs « *IPR Policy* ». Il est donc nécessaire que les organismes de normalisation définissent de manière claire et précise leurs objectifs à travers leurs politiques de droits de propriété intellectuelle.

L'organisme de normalisation ETSI n'a jamais défini les termes FRAND, les objectifs qu'il présente ne sont pas non plus très développés et ne permettent pas de donner une interprétation claire de ce que pourrait être une licence délivrée à des conditions FRAND.

L'ETSI donne deux objectifs dans son « *IPR Policy* », rédigée par ses membres en 1994 :

- Les titulaires de brevets essentiels sont tenus de concéder des licences pour la fabrication, la vente et l'utilisation de produits conformes aux normes, à des conditions ne différant pas d'un autre licencié⁸⁸ ;
- Les conditions de licences et taux de redevances doivent récompenser de manière adéquate et équitable les propriétaires de brevets essentiels à une norme pour la valeur de leurs innovations, pour avoir investi dans les recherches et développements⁸⁹.

Ce sont des objectifs larges, qui ne donnent pas de restrictions aux titulaires de brevets essentiels à une norme.

Ces objectifs reprennent les politiques mises en place par d'autres organismes de normalisation auparavant. En effet, l'ETSI a notamment pris exemple sur des politiques d'autres organismes de normalisation et notamment la « *RAND policy* » de l'ISO.

⁸⁸ <https://www.etsi.org/images/files/IPR/etsi-ipr-policy.pdf>

⁸⁹ Cf. note 85

Par exemple, la politique de brevet de « *ITU Telecommunication Standardization Sector* », prévoyait que les titulaires de brevet devaient négocier à des conditions raisonnables et non discriminatoires, mais précisait que « *the detailed arrangements arising from patents (licensing, royalties, etc) are being left to the parties concerned, as these arrangements might differ from case to case* »⁹⁰.

Un autre exemple : en 1999, un document publié par l'ISO spécifiait que « *ISO has no guidelines as to what constitutes 'reasonable' since each patent holder sets its own fee which is based upon commercial considerations at the time* »⁹¹.

Ainsi, l'appréciation des conditions FRAND est laissée initialement aux titulaires de brevets essentiels à une norme.

⁹⁰ ITU-T Patent Policy

« Les arrangements détaillés relatifs aux brevets (licences, redevances, etc.) sont laissés à l'appréciation des parties concernées, car ils peuvent différer selon les cas »

⁹¹ « L'ISO n'a pas de lignes directrices quant au caractère raisonnable puisque chaque propriétaire de brevet prévoit son propre prix de redevance qui est basé sur des considérations commerciales au moment de la conclusion du contrat de licence »

Issues Relating to Patents-SC17's Patent Policy (21 September 1999) ISO/IEC JTC1/SC17 N1585

II. Une solution *ex-ante* pour réduire le nombre de contentieux

Il est nécessaire de développer des « *IPR Policy* » avec des objectifs précis afin de limiter le nombre de contentieux, ce qui peut se faire en prenant en considération les travaux des auteurs (A). Une solution *ex-ante* a également été développée par Jean Tirole, prix Nobel de sciences économiques en 2014, pour plafonner le montant des redevances (B).

A. La nécessité de développer des « *IPR policies* » avec des restrictions et objectifs précis : l'apport des auteurs et de la Commission Européenne

La jurisprudence a déterminé la portée des termes de contrat entre organisme de normalisation et titulaire du brevet essentiel à une norme, ce qui sera étudié dans la suite des développements (Section II). Certains auteurs ont également donné une définition plus étayée des conditions de licences FRAND, notamment Mark. A. Lemley et Carl Shapiro.

Mark. A. Lemley et Carl Shapiro, ont préconisé que le titulaire du brevet essentiel à une norme n'exige pas une redevance supérieure à la valeur marginale apportée par son invention par rapport à la meilleure alternative disponible⁹².

Ils ont également proposé que le propriétaire du ou des brevets fixe sa redevance de manière à éviter que le cumul de royalties sur le produit standardisé excède le prix total du produit⁹³.

Maurits Dolmans a quant à lui avancé que le titulaire du brevet ne devrait pas exiger du futur licencié une licence croisée gratuite sur ses brevets⁹⁴.

⁹² M.A. Lemley and C. Shapiro, *Patent Holdup and Royalty Stacking*, 2007

⁹³ Cf. note 92

⁹⁴ M. Dolmans, *Standards, IP, and Competition : How to Avoid False FRAND's*, Fordham IP Law Institute, Standard Setting – The Interplay With IP and Competition Laws, 2008

Philippe Chappatte a proposé que le propriétaire des droits de propriété intellectuelle fixe sa redevance sur la base d'une proportion mathématique de tous les brevets essentiels relatifs au standard⁹⁵.

Certains auteurs, notamment Carl Shapiro, préconisent par ailleurs que les propriétaires de brevets n'augmentent pas le prix de leurs redevances après que le standard ou la norme ait été adopté ou après que le marché se soit développé⁹⁶.

Enfin, selon Joseph Farrell, ils ne devraient pas être autorisés en principe à demander des mesures d'injonctions pour réparation, s'ils n'ont pas trouvé un terrain d'entente avec les demandeurs de licence sur le montant des royalties et que leur brevet est exploité⁹⁷.

Les organismes de normalisation devraient intégrer ces différentes restrictions afin de permettre une meilleure diffusion des standards et des normes dans des situations de bonne concurrence. Ces limitations permettraient également de réduire le nombre de contentieux en restreignant les actions des titulaires de brevets à l'encontre des utilisateurs de leurs brevets essentiels à une norme. En effet, ces titulaires de brevets, en signant de telles politiques au sein des organismes de normalisation, ne pourraient adopter de comportements contraires, sous peine de violer leurs obligations contractuelles et de voir leur responsabilité engagée par les utilisateurs du standard et organismes de normalisation.

Ces points de vue ont toutefois été critiqués par une autre partie de la doctrine qui a estimé que ces arguments et propositions pour définir le système de licence FRAND ne se basaient sur aucune analyse légale ou économique, et ne reflétaient que la volonté politique des auteurs⁹⁸.

⁹⁵ P. Chappatte *FRAND Commitments – The Case for Antitrust Intervention*, European Competition J 319, 340, 2009

⁹⁶ C. Shapiro, H. Varian, *Information Rules : A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, 1999

⁹⁷ J. Farrell, *Standard Setting, Patents, and Hold-Up*, 74 Antitrust LJ 603, 638, 2007
« A patent holder that has made a commitment to license on a FRAND basis should not be able to get (or threaten) an injunction against use of the technology to comply with the standard. »

⁹⁸ Damien Geradin, Miguel Rato, *FRAND Commitment and EC Competition Law: A Reply to Philippe Chappatte*, European Competition Journal 2010

La Commission Européenne considère quant à elle que les parties sont les mieux placées pour arriver à un accord sur le montant des royalties⁹⁹. Elle a donné également des recommandations quant à l'adoption de licence FRAND.

Les termes de la licence doivent représenter la valeur économique de la technologie brevetée, pour ce faire ils ne doivent pas prendre en compte le caractère de standard ou de norme de la technologie.

Par ailleurs, elle considère que déterminer des redevances FRAND, nécessite de prendre en compte la valeur ajoutée de la technologie, qui ne doit pas dépendre de son succès sur le marché.

La Commission Européenne propose également de prendre en compte l'ensemble des redevances à verser pour les différents brevets se rapportant au standard ou la norme. En effet, il faut que les différents propriétaires de brevets essentiels à une norme ou un standard donné, s'accordent afin que l'intégration du standard ne représente pas une trop grosse charge pour les entreprises. Cependant, la mise en place d'une telle mesure ne semble pas en pratique très facile dans le cas où il existe plusieurs titulaires de brevets, chacun défendant ses propres intérêts économiques.

B. Le plafonnement du montant des royalties *ex-ante*

Une autre possibilité pour éviter un trop grand nombre de contentieux entre propriétaire de brevet et licencié est d'organiser les négociations des royalties *ex-ante*.

D'un point de vue concurrentiel, les négociations concernant les prix des redevances entre concurrents au sein d'un organisme de normalisation pourraient être perçues comme un cartel, une entente portant sur la fixation d'un prix.

⁹⁹ Communication de la commission au parlement européen, au conseil et au comité économique et social européen - Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes - 29/11/2017

Cependant, les autorités de la concurrence ont reconnu que les discussions concernant les royalties en amont, au sein des organismes de normalisation et entre concurrents, sont raisonnablement nécessaires pour éviter des contentieux par la suite notamment pour limiter les cas de « *patent hold-up* »^{100 101}, c'est-à-dire la demande par le titulaire du brevet essentiel à une norme de redevances à un prix non raisonnable et discriminatoire. La notion de *patent hold-up* sera développée par la suite (Chapitre II).

Les autorités de concurrence doivent tout de même s'assurer que les accords au sein d'organismes de normalisation entre concurrents ne débouchent pas sur une entente anticoncurrentielle, en application de laquelle des entreprises non membres de l'organisme ne pourraient intégrer le standard qu'à un prix totalement différent et discriminatoire.

Si les conditions d'octroi de licence et le montant des royalties étaient connues en amont, les acteurs du marché pourraient intégrer le standard ou la norme de la plus rentable des manières, par ailleurs cela permettrait de limiter de manière significative le nombre de contentieux sur cette question¹⁰².

Cette solution a été développée par Jean Tirole en 2013 dans l'article « *Market Power and Regulation* », article qui lui a valu le Prix Nobel des sciences économiques en 2014. Elle se déroulerait en plusieurs étapes¹⁰³ :

- dans un premier temps, les membres des organismes de normalisation compareraient les différentes technologies pouvant constituer une norme ou un standard ;
- dans un second temps, les membres définiraient un prix plafond pour les licences se rapportant à leur brevet, sans prendre en compte leur potentiel caractère de norme ou

¹⁰⁰ Giandonato CAGGIANO, Gabriella MUSCOLO, Marina TAVASSI *Competition Law and Intellectual Property : a European Perspective*, p.133-135, Wolters Kluwers, Law and Business, 2012

¹⁰¹ D. Meyer, DAAG at the Antitrust Division of the US DOJ, 'How to address « hold up »' in Standard Setting without deterring innovation : Harness innovation by SDOs', Speech given at ABA Section of Antitrust Spring Meeting (Washington, DC, 2008)

¹⁰² Giandonato CAGGIANO, Gabriella MUSCOLO, Marina TAVASSI *Competition Law and Intellectual Property : a European Perspective*, p.133-135, Wolters Kluwers, Law and Business, 2012

¹⁰³ Jean Tirole's Nobel Prize in Economics: The Rigorous Foundations of Post-Chicago Antitrust Economics <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/tirolenobel.pdf>

standard ; cet engagement sur le prix maximum serait publié et ne donnerait lieu à aucune renégociation par la suite ;

- dans un troisième temps, le standard serait désigné au sein de l'organisme de normalisation, sans en prendre en considération les prix des différentes licences se rapportant aux différentes inventions ;
- enfin, les propriétaires de brevets jouant un rôle dans le standard ou la norme, pourraient rassembler leurs droits de propriété intellectuelle dans un pool et décider d'un prix de licence collective¹⁰⁴.

La seconde étape a un effet bénéfique sur le prix final des redevances. En effet, si les produits sont substituables avant l'adoption du standard, le propriétaire du brevet s'engage nécessairement à un prix plus faible que le prix qu'il aurait accordé si le brevet faisait déjà partie intégrante du standard. Aussi, les titulaires de brevet ont intérêt à s'engager sur un prix faible afin que leur brevet soit choisi pour être inclus dans le standard¹⁰⁵.

Pour qu'un tel système soit mis en place, il serait nécessaire que les pouvoirs publics interviennent puisque les entreprises n'ont pas d'intérêt à intervenir volontairement dans la limitation de leur prix de redevance *ex-ante*. Les états pourraient jouer un rôle dans la diffusion de cette solution, notamment au sein de l'Union Européenne. En revanche, il est peu probable que les Etats Unis favorisent une telle pratique, car les pouvoirs publics américains refusent en principe d'intervenir dans le processus de standardisation.

Les autorités de concurrence pourraient inciter à l'adoption de la nouvelle procédure puisqu'elles sont directement concernées par les abus de position dominante sur le marché résultant de redevances fixées à des prix anticoncurrentiels¹⁰⁶.

¹⁰⁴ David Encaoua, *Pouvoir de marché, stratégie, régulation : Les contributions de Jean Tirole, Prix Nobel d'Economie 2014*, Revue d'économie politique, janvier-février 2015

¹⁰⁵ Cf. note 104

¹⁰⁶ Cf. note 104

Section II :

L’immixtion du juge dans les termes du contrat

Il est nécessaire de comprendre l’approche de l’interprétation du contrat par le juge dans les pays de droit civil et de common law (I), afin de mieux appréhender les jurisprudences américaines et européennes sur l’interprétation des termes du contrat FRAND (II)

I. Le rôle du juge dans l’interprétation du contrat (considérations générales)

Le droit de common law voit la relation contractuelle comme une relation entre adversaires, alors que le droit civil l’appréhende comme une coopération entre cocontractants¹⁰⁷. Cette conception civiliste du contrat découle du devoir général de bonne foi, notion qui a été développée précédemment (Titre I, Chapitre II, Section II).

En principe, dans les systèmes de common law, le juge adoptera une approche objective, et s’appuiera sur une interprétation littérale du contrat, sans prendre en compte les intérêts économiques de chacun des cocontractants, contrairement au système de droit continental où le juge sera plus enclin à interpréter le contrat au regard de principe tel que le devoir général de bonne foi, et au regard des considérations subjectives de chacune des parties quant au contrat¹⁰⁸. Cette conception civiliste de l’interprétation du contrat, notamment préconisée en Allemagne¹⁰⁹, permet d’éviter aux juges une réécriture du contrat¹¹⁰.

¹⁰⁷ *Common European Sales Law* publié par un groupe d’experts relayé par la Commission Européenne, 3 Mai 2011

Lando & Beale « *Principles of European Contract Law, Parts I and II* » Commission Européenne

¹⁰⁸ Hardy *The feasibility study’s rules on contract interpretation*, 19/6 *European Review of Private Law* 825, 2011

¹⁰⁹ BGB paragraphe § 242

¹¹⁰ Shida Galletti *Contract interpretation and relational contract theory: a comparison between common law and civil law approaches*, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* Vol. 47, No. 2 (JULY 2014), pp. 248-275 (28 pages)

Le droit des contrats anglais et américain est influencé par une conception libérale de la liberté des individus, ce qui a une conséquence directe sur l'autonomie des parties cocontractantes¹¹¹.

En prenant l'exemple du régime légal français quant à l'interprétation des contrats, selon l'article 1188 du Code civil, le contrat s'interprète selon la commune intention des parties, plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Par ailleurs lorsque cette intention ne peut être déterminée, les conventions s'interprètent selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation.

Dans les systèmes de droit romano-germanique, le juge prendra en compte notamment la logique de la structure du contrat, la nature du contrat, mais également les négociations, l'usage, et le comportement des parties. Les cours donnent une interprétation créatrice de droit ou supplémentaire au contrat. Il était d'ailleurs précisé à l'ancien article 1160 du Code civil français que le juge doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.

Au contraire, en common law, notamment en Angleterre, on fera application de la « *plain meaning rule* », c'est-à-dire l'interprétation littérale des termes du contrat. Le juge de common law ne doit pas être créateur de droit, le contrat est la loi et la volonté des parties, le juge ne doit pas s'immiscer dans le contrat.

Lord Hoffman, ancien juge de la House of Lords anglaise, a précisé le rôle du juge dans l'interprétation du contrat : ce dernier peut prendre en compte le contexte dans lequel a été conclu le contrat¹¹². Le contrat est adopté par les parties et non imposé aux parties. Le juge ne doit pas prendre en compte les termes, et leur interprétation littérale, mais également la situation dans laquelle les obligations ont été contractées.

Il faut rappeler que le droit des contrats aux Etats-Unis est régi au niveau des états fédérés et peut varier d'état en état. Par exemple, le droit californien se réfère à des notions telles que la bonne foi ou une interprétation raisonnable du contrat en fonction des usages et des

¹¹² Investors Compensation Scheme Ltd. v West Bromwich Building Society [1998] UKHL

circonstances du cas, tandis que droit new-yorkais préfère une approche plus formelle du contrat¹¹³.

¹¹³ Shida Galletti *Contract interpretation and relational contract theory: a comparison between common law and civil law approaches*, *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* Vol. 47, No. 2 (JULY 2014), pp. 248-275 (28 pages)

II. L'immixtion du juge dans la définition des conditions et la fixation du prix

Les cours américaines et européennes sont amenées à interpréter le contrat de licence FRAND, et à préciser ses conditions (A). Suite à un litige entre l'utilisateur du brevet et son propriétaire, les cours fixent parfois le montant des royalties, et s'immiscent ainsi dans le contrat (B). La fixation du prix par le juge pouvant aboutir à de nouveaux désaccords, la résolution amiable des conflits entre les parties peut sembler meilleure solution (C).

A. L'interprétation des termes du contrat par le juge

Les termes du contrat de licence FRAND étant trop larges, les cours ont précisé le contenu du contrat et ce que représentait une licence FRAND.

Dans un arrêt de la Cour du neuvième district de l'Illinois (*Eastern Division*) *Microsoft v. Motorola* du 25 avril 2013, le juge L. Robart donne différentes lignes directrices économiques quant à la détermination des redevances de licences FRAND et dresse également une liste de conditions pour mener à bien les négociations¹¹⁴. A travers cette décision, une cour américaine détermine pour la première fois les conditions d'une licence RAND entre deux parties, pour un portefeuille de brevets essentiels à une norme.

Selon Microsoft, Motorola avait failli à son obligation de délivrer des licences RAND (et non FRAND, le terme « fair » ne faisant pas partie de « *l'IPR policy* » de Motorola) nécessaire à la mise en œuvre des standards « *IEEE 802.11 wireless networking* » et « *ITU-T H.264 video coding* ».

Le juge L. Robart, donne quatre lignes directrices économiques qui peuvent être traduites comme suit :

¹¹⁴ *Microsoft Corp. v. Motorola, Inc.*, No. 10-cv-1823 (W.D. Wash.)
<https://www.crowell.com/files/20130425-Microsoft-v-Motorola.pdf>

- premièrement, le montant des royalties RAND doit selon lui promouvoir l'adoption du standard ;
- deuxièmement, la méthodologie pour déterminer des conditions RAND doit reconnaître et limiter le risque de « *patent hold-up* » (Chapitre II, Section II), et « *royalty stacking* », c'est-à-dire l'addition de redevances pour différentes licences de brevet ;
- ensuite, des redevances RAND doivent garantir au propriétaire du brevet un retour raisonnable sur ses investissements dans la recherche ;
- enfin, elles doivent se limiter à des montants raisonnables en fonction de la valeur économique de la technologie brevetée, sans prendre en compte la valeur donnée par la qualité de « standard ». Cette idée est similaire à celle du juge Posner « *patent qua patent* » qui avait été développée dans une décision Apple, Inc. v. Motorola, Inc.¹¹⁵.

Les juges américains adoptent et confirment donc la position développée par les auteurs (cf. section I). Les juges européens, eux, doivent aussi suivre ces considérations économiques dans leurs décisions, en se conformant aux avis de la Commission Européenne en ce sens (cf. section I).

Dans la même décision, Microsoft v. Motorola, le juge L. Robart donne des indications pour mener à bien les négociations et fixer le montant des royalties. Pour ce faire il se base sur la jurisprudence Georgia-Pacific rendue en 1970¹¹⁶, qui donne quinze critères pertinents pour calculer raisonnablement le montant des dommages qui peuvent être octroyés dans le cadre

¹¹⁵ « *That cost would be a measure of the value of the patent qua patent. But once a patent becomes essential to a standard, the patentee's bargaining power surges because a prospective licensee has no alternative to licensing the patent; he is at the patentee's mercy. The purpose of the FRAND requirements, the validity of which Motorola doesn't question, is to confine the patentee's royalty demand to the value conferred by the patent itself as distinct from the additional value--the hold-up value--conferred by the patent's being designated as standard-essential* »

Apple, Inc. v. Motorola, Inc. United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division. Jun 22, 2012

<https://casetext.com/case/apple-inc-v-motorola-inc-2>

¹¹⁶ Georgia-Pacific Corp. v. United States Plywood Corp., 318 F. Supp. 1116 (S.D.N.Y. 1970), May 28, 1970
<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/318/1116/1480989/>

d'une action en contrefaçon de brevet. Certains des quinze critères développés sont modifiés pour s'adapter à la question du calcul de redevances FRAND.

Les critères pertinents¹¹⁷ à prendre en compte pour déterminer le montant raisonnable des royalties peuvent être restitués comme suit :

- les redevances perçues par le titulaire du brevet, tendent à se rapprocher d'une redevance établie sous des conditions comparables qui prennent en compte une obligation RAND ;
- les tarifs payés par le licencié pour l'utilisation d'autres brevets doivent être comparables à ceux du brevet en cause ;
- la nature et la portée de la licence doivent être prises en compte (exclusive ou non-exclusive, restrictive ou non territorialement, ou encore vis-à-vis de la personne à laquelle le produit fabriqué sera vendu) ;
- l'importance du brevet par rapport aux ventes du titulaire du brevet et celles du licencié sont à examiner, mais dans le cadre d'une licence RAND il faut s'attarder sur la valeur de la technologie brevetée sans prendre en compte sa qualité de standard, il faut également s'attarder sur la contribution du brevet essentiel à une norme et la contribution apportée au produit du licencié ;
- la durée du brevet est également déterminante ;
- l'utilité et l'avantages du brevet sont à considérer par rapport aux anciennes technologies, qui ont été utilisées pour avoir les mêmes résultats, il est conseillé de s'intéresser aux alternatives qui ont pu être proposées pour le standard lorsque ce dernier a été développé et adopté ;
- la nature de l'invention, les bénéfices et capacités technologiques apportés au licencié sont à évaluer sans prendre en compte encore une fois sa qualité de norme ou de standard ;
- l'étendue de l'utilisation de l'invention, et les preuves de la valeur que peut avoir cette utilisation sont également importante ;
- il convient encore d'évaluer la portion du profit ou du prix de vente qui est habituelle dans ce type de commerce, ou dans un commerce comparable, pour permettre

¹¹⁷ Apple, Inc. v. Motorola, Inc. United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division. Jun 22, 2012

<https://casetext.com/case/apple-inc-v-motorola-inc-2>

l'utilisation de l'invention ou d'une invention analogue ; s'agissant des licences RAND, seront pris en compte uniquement les brevets essentiels à une norme, et non les brevets simples n'ayant aucun caractère de norme ou de standard ;

- la portion du profit réalisable qui doit être accordée à l'invention est à distinguer des éléments non brevetés, de la fabrication, des risques du commerce, ou des améliorations ou fonctionnalités ajoutées par le licencié, ici aussi, sans prendre en compte le caractère de standard, afin d'éviter les « *patent hold-up* » ;
- l'opinion de différents experts qualifiés pourra être sollicitée ;
- on doit aussi considérer le montant sur lequel le titulaire du brevet et le licencié se sont accordés, si ces deux personnes ont volontairement essayé raisonnablement d'arriver à un accord ; pour ce faire il faut évaluer l'importance de la technologie en cause pour le standard, éviter l'addition de redevances, « *royalties stacking* », en prenant en compte le besoin d'autres licences pour le licencié afin d'intégrer le standard ;

Le critère de la jurisprudence Georgia-Pacific selon lequel le titulaire de brevet établit une politique et un programme marketing pour maintenir son monopole n'a pas à s'appliquer dans le cadre des licences FRAND puisqu'il doit délivrer des licences à toute personne souhaitant intégrer le standard à sa technologie.

Par ailleurs, un autre critère n'a pas à s'appliquer dans le cadre des licences FRAND : il ne faut pas prendre en compte la relation commerciale de concurrents que peuvent avoir le titulaire du brevet essentiel à une norme et le licencié. En effet, peu importe qu'ils soient concurrents sur un même marché, le propriétaire des droits de propriété intellectuelle se doit de délivrer des licences à des conditions raisonnables.

Dans l'Union Européenne on peut relever une décision *Unwired Planet v. Huawei*, rendue par la Cour d'appel de Londres, dans laquelle elle explique ce que représentent les termes FRAND¹¹⁸.

¹¹⁸ *Unwired Planet International Ltd & Anor v Huawei Technologies Co Ltd & Anor (Rev 1)* [2018] EWCA Civ 2344 (23 October 2018)

Selon la cour, une licence FRAND peut être international, globale. Il n'existe pas un seul et unique set de tarifs de redevances et conditions.

Par ailleurs, le terme « non discriminatoire », requière que le propriétaire du brevet offre un tarif de redevance qui représente la correcte évaluation du portefeuille de brevets. La cour considère que le prix discriminatoire n'est pas nécessairement mauvais pour le consommateur.

La jurisprudence européenne n'est pas aussi développée sur cette question, mais ces considérations devraient être prises en compte par les organismes de normalisation, et devraient être intégrées dans leurs politiques afin d'aiguiller les parties dans leurs négociations et réduire les contentieux en ce sens. Par ailleurs, il serait opportun que la CJUE détaille ce que représentent les termes FRAND.

B. La fixation du prix par le juge

Le juge peut être amené à fixer le montant des royalties, il décide dans ce cas du tarif des redevances de licence et s'imisce ainsi dans le contrat de concession de licence.

Les auteurs tels que C. Shapiro et A. Lemley soulignent le fait que le juge peut commettre une erreur en fixant le montant des redevances de licences. Ils observent que lorsqu'une cour impose un tarif, deux situations peuvent se présenter^{119 120} :

- Si le montant des redevances est beaucoup moins important que celui fixé initialement par le propriétaire du brevet essentiel à une norme, ce dernier n'a pas d'autre choix que d'accepter le tarif décidé par le juge. Ce montant peut s'avérer en dessous du seuil de ce qui peut être considéré comme « fair » pour le propriétaire du brevet. Dans ce cas il

¹¹⁹ Mark Lemley, and Carl Shapiro, Patent Holdup and Royalty Stacking, 85 Tex. L. R. 2163, 2172-73 (2007)

¹²⁰ Carl Shapiro, Injunctions, Hold-Up, and Patent Royalties, American Law and Economics Review 12, no.2509-557 (2010)

peut être lésé dans ses droits et ne pas recevoir le montant lui permettant d'avoir le retour sur investissement attendu.

En effet ce dernier a investi dans le développement et la recherche de son brevet, devenu par la suite essentiel à une norme ou à un standard. Il est nécessaire que le juge prenne en compte ces investissements, et permette au propriétaire du brevet d'être correctement payé pour l'utilisation de ses droits de propriété intellectuelle.

- Au contraire, lorsque le tarif fixé par le juge excède ce qui peut être considéré comme « fair » par le futur licencié, ce dernier pourra dans ce cas tenter de renégocier avec le propriétaire du brevet et conclure un nouveau contrat.

Sa capacité à renégocier dépend de l'ampleur du « *patent hold-up* », et de la position de dominance du propriétaire du brevet sur le marché. Plus sa place est importante, moins la capacité de renégocier existera, dans ce cas le tarif fixé par le juge s'imposera au futur licencié.

Ainsi les deux situations peuvent entraîner soit des redevances trop basses pour le titulaire du brevet, soit des redevances trop importantes et coûteuses pour le futur licencié.

Ces situations ont un impact négatif sur le développement de l'innovation. D'un côté le titulaire de brevet, ayant investi dans la recherche et le développement, n'obtiendra pas nécessairement les redevances et montants lui permettant de réinvestir dans la recherche et développement.

D'un autre côté, un tarif de redevance trop élevé empêche le licencié de développer de nouveaux produits et innover à son tour.

Le juge n'est pas le plus à même de départager les parties dans la détermination du tarif de redevance. En droit de common law, comme vu précédemment, le juge n'est là que pour appliquer littéralement la lettre du contrat en principe, le juge n'est pas parti au contrat.

Par ailleurs, lorsque le juge fixe le montant des dommages et intérêts résultant d'une action en contrefaçon à l'encontre de l'utilisateur du brevet, il détermine ce qu'il considère comme

« fair », juste. En déterminant le montant des dommages et intérêts, il décide en partie de la valeur du brevet, et de ce que le titulaire du brevet aurait dû en principe recevoir pour l'utilisation de son brevet durant la période de contrefaçon.

Finalement, le juge s'imisce également dans le contrat pour déterminer le montant des dommages et intérêts qui représentent les redevances non perçues par le propriétaire du brevet.

Dans une affaire récente opposant Ericsson à HTC, le juge américain devait déterminer si les redevances demandées par Ericsson étaient bien FRAND, comme le requiert la politique de l'ETSI. Pour répondre à une telle question, les cours américaines font appel à un jury, et établissent leur jugement en prenant en compte la décision du jury.

Dans le cadre du litige entre Ericsson et HTC, le jury avait considéré le montant des redevances de licence comme FRAND.

Par ailleurs, le juge Gilstrap a comparé des licences équivalentes délivrées par Ericsson à d'autres entreprises, telles que Apple, Samsung, Sony, LG ou encore Panasonic. Le juge a finalement conclu qu'Ericsson avait donné des tarifs de licences comparables à ces entreprises, ce qui permettait de prouver que les conditions n'étaient pas discriminatoires pour HTC et semblaient justes et raisonnables¹²¹.

C. Une solution envisageable : la résolution amiable des conflits

Les modes alternatifs de résolutions des conflits tels que l'arbitrage ou la médiation peuvent permettre de résoudre les nombreux contentieux qui peuvent exister sur la détermination du montant des royalties, sans intervention des juges étatiques. Une tierce personne, telle qu'un arbitre ou un médiateur, pourra permettre de départager les parties.

¹²¹ HTC America Inc. v. Ericsson Inc. United States District Court, for the Eastern District of Texas Tyler Division
https://www.essentialpatentblog.com/wp-content/uploads/sites/64/2019/05/2019-05-23-HTC-v.-Ericsson-Redacted-Memorandum-Of-dckt-538_0.pdf

<https://www.essentialpatentblog.com/2019/05/judge-gilstrap-rules-ericssons-licensing-offer-was-frand-compliant-htc-v-ericsson/>

L'arbitrage s'apparente à un jugement, il s'imposera aux parties, ce qui ne semble pas être la meilleure solution, pour les mêmes raisons qui viennent d'être développées pour le juge étatique.

La médiation fait également appel à une personne tierce neutre, qui pourra être expert en la matière et pourra les aiguiller, les aider dans leur décision. Cette médiation pourra amener les parties à trouver un accord par elles-mêmes, sans qu'aucune décision ne leur soit imposée, ce qui semble préférable dans le cadre de la fixation d'un tarif.

Il pourrait être inséré une clause au sein des « *IPR Policy* », obligeant le titulaire du brevet essentiel à une norme à effectuer une tentative de règlement amiable du conflit avant de saisir les juridictions étatiques. Ce type de clause permettrait de limiter les menaces d'action en justice de la part du propriétaire de brevet essentiel à une norme à l'encontre des futurs licenciés, lorsque ces derniers trouvent le montant des royalties trop important. Ces menaces d'action en justice peuvent effectivement être perçues comme des abus de position dominante de la part de la part du propriétaire du brevet, ce qui sera étudié par la suite (cf. Chapitre II, Section I).

Les accords transactionnels peuvent également permettre de réduire le nombre de contentieux. La transaction est une convention signée entre deux parties pour mettre fin à un différend existant ou un potentiel différend à venir.

Le Code civil français définit la transaction en son article 2044, comme « un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ».

En signant une transaction, les parties s'interdisent de saisir le juge sur le sujet résolu par l'accord entre les parties.

Un exemple très récent d'accord contractuel peut être donné entre Apple et Qualcomm. Les deux entreprises se sont livrées une longue bataille judiciaire en Europe, aux Etats-Unis ainsi qu'en Asie.

Dans les faits, Apple considérait que le montant des redevances décidées par Qualcomm concernant ses « *chipsets* », n'était pas FRAND et que cette dernière abusait de sa position dominante sur le marché. Qualcomm calculait le montant des redevances, en fonction des

bénéfices faits par Apple sur la vente d'un iPhone, intégrant la technologie : il demandait un montant de 7,50 dollars par téléphone pour l'utilisation de la technologie de Qualcomm¹²².

Apple refusait de continuer à payer les redevances demandées par Qualcomm, alors qu'Apple continuait à utiliser les brevets essentiels à la norme développés par Qualcomm. Apple considérait devoir payer 5 dollars à Qualcomm par téléphone pour pouvoir intégrer la technologie,

Les deux parties ont saisi de multiples juridictions dans différents états. Par exemple, Apple poursuivait Qualcomm devant les tribunaux américains pour plus d'un milliard de dollars, Apple avait également ouvert une procédure en Chine pour 145 millions de dollars.

Cependant, après de multiples contentieux débouchant sur des amendes pour les deux parties, ou encore des injonctions à l'encontre d'Apple notamment en Chine et en Allemagne, les deux parties ont trouvé le 16 avril 2019 un accord et ont annoncé publiquement abandonner toute procédure judiciaire les concernant¹²³. Elles ont mis fin par cet accord contractuel à deux ans de bataille judiciaire.

Apple n'a pas dévoilé le montant qui a été versé à Qualcomm pour l'utilisation de sa technologie. Cependant il a été annoncé publiquement que les deux entreprises avaient conclu un accord de licence pour 6 ans concernant les « *chipsets* » offertes par Qualcomm.

En réalité cet accord semble se justifier par l'arrivée de la 5G. Qualcomm étant le plus avancé dans la recherche et le développement des « *5G chipsets* » aux Etats-Unis, et Apple souhaitant faire son entrée sur le marché des mobiles 5G, le plus rapidement possible, cela motivait très probablement l'accord secret entre les deux entreprises.

La question de la détermination du montant des royalties a un important impact sur les consommateurs, qui achèteront les produits finaux. Le montant des redevances des brevets essentiels à une norme a un impact direct sur le prix des produits finaux.

¹²² <https://www.cnbc.com/2019/04/18/apple-paid-5-billion-to-6-billion-to-settle-with-qualcomm-ubs.html>

¹²³ <https://www.apple.com/newsroom/2019/04/qualcomm-and-apple-agree-to-drop-all-litigation/>

Par exemple, le montant des royalties pour intégrer la technologie 4G LTE est d'environ 54 \$, à comparer avec un prix du smartphone de 400 \$, soit 13,5% du prix du téléphone. Ericsson a déjà annoncé un tarif de royauté à 5 dollars, pour la technologie 5G, Qualcomm a annoncé un taux à 3,25% du prix de vente du téléphone¹²⁴.

Une autre solution pourrait consister en ce que les organismes de normalisation donnent leur accord aux conditions de licences et au montant des royalties retenues par le titulaire du brevet essentiel à une norme. Cet accord pourrait être donné à travers un vote des membres de l'organisme de normalisation, le titulaire du brevet ne pouvant participer au vote. Cette solution permettrait de contrôler le montant des redevances ex ante, avant toute signature d'un contrat de concession de licence, ce qui apporterait de l'appui aux conditions du contrat donné par le propriétaire du brevet, et réduirait le nombre de contentieux sur la question.

¹²⁴ *FRAND Royalties will Impact the Cost of Your Next Smart Phone*, Michigan Technology Law Review <http://mttlr.org/2018/11/frand-royalties-will-impact-the-cost-of-your-next-smart-phone/>

Chapitre II :

Les exploitations d'une position dominante sur le marché par le titulaire du brevet essentiel à une norme

Un abus de position dominante de la part du titulaire du brevet essentiel à une norme peut être décelé par les juges lors des négociations avec les demandeurs de licence, souhaitant intégrer le standard ou la norme à leur technologie (Section I). Par ailleurs, le titulaire du brevet essentiel à une norme peut abuser de sa position dominante en agissant en justice à l'encontre des utilisateurs de la norme, qui refusent de payer le montant fixé discrétionnairement par le propriétaire des droits de propriété intellectuelle (Section II).

Section I :

Les abus de position dominante dans la négociation

Avant de caractériser un abus de position dominante de la part d'un titulaire d'un brevet essentiel à une norme (II), il est nécessaire d'établir s'il existe une position dominante pour cet acteur sur le marché (I).

I. La caractérisation d'une position dominante sur le marché

Le propriétaire d'un brevet essentiel à une norme bénéficie en principe d'un pouvoir de marché important, et donc d'une position dominante (A). Grâce à cette position il peut proposer un prix de redevance bien plus important que la valeur réelle des droits de propriété intellectuelle, ce qui est communément appelé « *patent hold-up* » (B).

A. La position du titulaire du brevet et du potentiel licencié sur le marché

Les entreprises souhaitant intégrer le standard à leur technologie se doivent de demander des concessions de licence aux titulaires de brevets essentiels à la norme. Les utilisateurs du standard ou de la norme sont dans une situation de dépendance par rapport aux propriétaires de

brevets essentiels à la norme, ces derniers peuvent abuser de leur position de dominance sur le marché en imposant des redevances à des prix élevés.

Si le propriétaire d'un brevet essentiel à une norme propose un tarif de redevances de licence trop élevé selon l'utilisateur de la norme, ce dernier souhaitant fabriquer un produit intégrant la technologie brevetée, sera dans l'obligation d'utiliser le brevet essentiel à la norme afin de se conformer à celle-ci.

En l'absence d'alternative à la norme, son utilisateur souhaitant innover à son tour et voulant intégrer la norme à sa technologie afin de permettre son interopérabilité, connaît deux options :

- répondre et se conformer à l'offre faite par le titulaire du brevet essentiel à une norme, bien que le montant des redevances lui semble excessif,
- ou contrefaire le brevet.

S'il envisage la dernière option faute de moyens, il viole les droits de propriété intellectuelle du titulaire du brevet et devient de ce fait contrefacteur. Le détenteur des droits de propriété intellectuelle pourra agir à son encontre afin de voir le contrefacteur condamné à une injonction de payer, ou à des dommages et intérêts, ou encore à une interdiction de vendre les produits fabriqués en utilisant le brevet.

Dans un arrêt *Apple v. Motorola* en 2012, le Juge Richard Posner, a considéré que, lorsqu'un brevet devient essentiel à une norme ou un standard, le pouvoir de négociation du titulaire du brevet augmente puisque le licencié n'a pas d'autre choix que de se voir concéder une licence pour l'utilisation du brevet : il est à la merci du propriétaire du brevet.¹²⁵

L'action en contrefaçon constitue alors une menace pour l'utilisateur de la norme qui considère le montant des royalties demandé comme trop élevé. Mais cette menace de la part du

¹²⁵ "...once a patent becomes essential to a standard, the patentee's bargaining power surges because a prospective licensee has no alternative to licensing the patent; he is at the patentee's mercy." Opinion and Order of Judge Richard Posner in *Apple Inc. v. Motorola, Inc.*, June 22, 2012 in the District Court for the Northern District of Illinois, Case No. 1:11-cv-08540

propriétaire du brevet essentiel à la norme est-elle justifiée ? Ou bien ce dernier abuse-t-il de sa position dominante en refusant de négocier un tarif de redevance moins important et en décidant d'agir à l'encontre de l'utilisateur de la norme ?

Avant de déterminer si l'entreprise propriétaire d'un brevet essentiel à une norme abuse de sa position dominante, il faut identifier la position de ce dernier sur le marché, et s'il se trouve effectivement en position de dominance.

La position dominante concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs¹²⁶.

Afin de déterminer si un acteur du marché est en position de dominance, il faut dans un premier temps définir le marché pertinent sur lequel il se trouve, ce qui nécessite de mesurer le degré de substituabilité des produits ou services sur ledit marché.

Une importante part de marché ne suffit pas à elle-seule à en déduire l'existence d'une position dominante sur le marché. Il faut que l'entreprise concernée dispose d'un autre avantage lui permettant d'augmenter ses tarifs sans craindre une perte de sa clientèle.

Dans le cadre d'un brevet essentiel à une norme, le caractère « essentiel » du brevet oblige les entreprises souhaitant innover et fabriquer de nouvelles technologies en intégrant la norme à se tourner vers le propriétaire du brevet, et à accepter les tarifs de redevances décidés par ce dernier à moins de contrefaire le brevet et d'agir de façon illégale.

Le titulaire du brevet peut augmenter le montant des redevances sans craindre une perte de sa clientèle, s'il n'existe pas d'alternative au brevet, pour répondre à la norme. Il peut donc se trouver en position de dominance sur le marché et potentiellement abuser de cette position.

B. Le risque de « patent hold-up »

¹²⁶ CJUE 14 février 1978, *United Brands / Commission* (27/76, Rec. P. 00207)
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:61976CJ0027>

La notion de « *patent-hold up* », est utilisée à l'origine, selon Scotchmer (1991), pour décrire le pouvoir de négociation *ex-post* appartenant au propriétaire du brevet quant au montant des redevances d'un contrat de licence, dans les cas où l'utilisateur du brevet, le contrefait involontairement et a déjà engagé des frais en ce sens. Ce dernier pourra être forcé à accepter des conditions de licence qu'il n'aurait pas acceptées avant d'investir pour l'utilisation du brevet contrefait¹²⁷.

Cette notion a également été développée selon C.Shapiro (2001), pour qualifier les stratégies agressives des entreprises détenant des brevets, plus spécifiquement l'utilisation de brevets juridiquement faibles pour extorquer des redevances auprès de contrefacteurs présumés sous la menace d'une injonction.

Par extension, cette notion est utilisée pour qualifier l'abus de pouvoir de marché des propriétaires de brevets essentiel à une norme¹²⁸. Deux facteurs influencent ce comportement.

Premièrement les utilisateurs de la norme ou du standard sont dans l'obligation de se voir délivrer une licence, le brevet étant essentiel au standard ou à la norme. Deuxièmement, les entités souhaitant intégrer le standard peuvent avoir engagé des frais dans la recherche et le développement ou la fabrication de ce standard avant de se voir délivrer des licences pour sa fabrication et son utilisation.

Le propriétaire du brevet peut dans ce cas négocier des redevances de licence bien plus importantes que si les négociations avaient eu lieu *ex-ante*, quand il était en compétition avec d'autres alternatives.

Cependant, cette situation a été développée par les auteurs dans le domaine des TIC, et est principalement théorique, il n'existe pas assez de données et preuves empiriques sur la question.

Chaque individu sur le marché adopte un comportement pour maximiser ses gains. Les titulaires de brevet essentiels à une norme souhaitent obtenir un maximum de redevances pour

¹²⁷ Chryssoula Pentheroudakis, Justus A. Baron, *Licensing Terms of Standard Essential Patents, A Comprehensive Analysis of Cases*, JCR Science for Policy Report, 2017
<http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC104068/jrc104068%20online.pdf>

¹²⁸ Lemley et Shapiro, *Patent Holdup and Royalty Stacking*, 2007

l'utilisation de leurs droits de propriété intellectuelle. Les fabricants souhaitent eux intégrer la norme ou le standard au prix de redevance le plus bas possible.

Le propriétaire du brevet peut être tenté de proposer un tarif de redevance bien au-dessus de celui considéré comme FRAND. Le futur licencié ne souhaitant pas engager de procédure judiciaire coûteuse à l'encontre du titulaire du brevet, n'aura pas d'autre choix que d'accepter afin d'utiliser les droits de propriété intellectuelle nécessaire à la production de sa technologie.

Il peut également décider de ne pas se conformer au prix de redevance demandé, cependant il risque fortement une action en contrefaçon de la part du propriétaire des droits, ce qui sera également coûteux et aura des conséquences néfastes sur la situation de l'entreprise, tant du point de vue de la réputation, que du point de vue financier.

En ayant une position dominante et un pouvoir de marché important le titulaire du brevet peut abuser de cette position de plusieurs manières :

- en fixant des prix supérieur à la valeur réelle du brevet, « *patent hold-up* » ;
- en agissant en contrefaçon à l'encontre du potentiel licencié qui considère le montant des redevances comme trop important ;
- ou en faisant une demande d'injonction devant les cours tendant à interdire la vente du produit intégrant le brevet.

II. La caractérisation d'un abus

Après avoir déterminé s'il existe effectivement une position de dominance sur le marché pour le titulaire du brevet essentiel à une norme, les cours peuvent apprécier l'existence d'un comportement abusif sur le marché de la part de cet acteur. La CJUE a précisé les conditions dans lesquelles une action en contrefaçon peut être constitutive d'un abus de position dominante (A), par ailleurs les juges américains et européens ont précisé en quoi les demandes d'injonction pouvaient représenter un tel abus (B).

A. L'action en contrefaçon : l'affaire Huawei contre ZTE devant la CJUE

Bien que le propriétaire du brevet s'oblige en principe à délivrer des licences à des conditions FRAND, comme vu précédemment l'appréciation de l'étendue de ces conditions est laissée aux parties.

Le tiers bénéficiaires, utilisateurs de la norme et propriétaire du brevet peuvent entrer en conflit dans les négociations et avoir des difficultés à trouver un accord quant au montant des royalties.

Cette situation est particulièrement possible lorsque le demandeur de licence et le titulaire du brevet essentiel à la norme sont des concurrents sur un même marché. Le propriétaire du brevet aura des comportements cherchant à évincer son concurrent notamment en établissant des prix de redevances anticoncurrentiels.

Le titulaire des droits de propriété intellectuelle pourra par la suite menacer d'agir à l'encontre de l'utilisateur du brevet n'ayant pas accepté de payer les redevances demandées. Il peut demander l'ouverture une action en contrefaçon et des demandes d'injonctions auprès des cours. Dans ce cas, il est légitime de se demander s'il n'abuse pas de sa position dominante sur le marché ? Si le futur licencié ne se conforme pas au tarif de redevance demandé, il risque de se voir attirer devant les tribunaux.

La CJUE a répondu à la question dans un arrêt du 16 juillet 2015, Huawei contre ZTE. Pour la première fois elle fut amenée à statuer sur l'introduction d'une action en contrefaçon et les demandes d'injonctions en découlant¹²⁹.

Dans les faits, Huawei avait ouvert une action à l'encontre de ZTE, à propos de l'incorporation du standard 4G « *Long Term Evolution* » (LTE). Les parties étaient entrées en négociations pour conclure une licence à des conditions FRAND pour l'utilisation de la technologie brevetée de Huawei. Ce dernier a donc décidé de saisir la cour régionale de Düsseldorf, pour contrefaçon de son brevet, des dommages et intérêts ainsi que le rappel des produits utilisant la technologie brevetée.

Cela fait suite à une question préjudicielle posée par une cour allemande (la cour régionale de Düsseldorf) : la CJUE devait préciser les conditions dans lesquelles une action en contrefaçon introduite par Huawei, en sa qualité de titulaire de brevet essentiel à une norme, contre ZTE fabricant et intégrant la norme à ses propres technologies, pouvait constituer un abus de position dominante.

Selon la CJUE, le propriétaire du brevet essentiel à une norme peut introduire une action en contrefaçon contre un tiers utilisateur de son brevet, sans pour autant abuser de sa position dominante au sens de l'article 102 du TFUE s'il répond aux conditions suivantes :

- le titulaire des droits de propriété intellectuelle doit avoir préalablement notifié au tiers l'existence d'une prétendue contrefaçon ;
- il doit avoir proposé aux tiers de lui délivrer des licences à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires
- nonobstant les points 1 et 2, le présumé contrefacteur doit continuer à utiliser la technologie brevetée, sans exprimer aucune volonté de conclure une licence FRAND.

¹²⁹ CJUE 15 Juillet 2015, Huawei Technologies Co. Ltd contre ZTE Corp. et ZTE Deutschland GmbH, Affaire C-170/13
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=165911&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=10857370>

Il est nécessaire que le présumé contrefacteur puisse fournir la preuve de son refus de l'offre de licence considéré comme FRAND par le titulaire du brevet, afin qu'il puisse soutenir que le titulaire des droits de propriété intellectuelle abuse de sa position dominante sur le marché.

Il peut être reproché à la CJUE de ne pas avoir précisé les conditions d'octroi d'une licence FRAND, comme l'ont fait les cours américaines. De cette manière le contentieux en la matière n'est pas potentiellement réduit : il suffit que les deux parties aient effectué une offre de licence considéré comme FRAND, sans parvenir à un accord, pour qu'une action en contrefaçon soit ouverte devant les tribunaux. Il serait souhaitable que la CJUE précise à son tour ce qu'elle considère comme des termes FRAND.

B. La menace de l'injonction

Aux Etats-Unis comme au sein de l'Union Européenne, le titulaire d'un brevet se considérant victime d'une contrefaçon peut requérir du juge diverses injonctions en plus des dommages et intérêts, afin que le dommage cesse le plus rapidement possible.

L'injonction peut avoir comme objet d'interdire ou retirer de la vente le produit qui utilise la technologie brevetée. Une telle action, a donc un réel impact négatif sur les bénéfices de l'entreprise produisant un produit électronique intégrant la norme ou le standard. La menace d'une telle action peut entraîner l'entreprise qui intègre la norme ou qui souhaite le faire à accepter des termes de licences qui ne sont pas réellement FRAND. Il est nécessaire que les cours américaines comme européennes limitent ce droit d'action. Ce comportement peut être sanctionné au regard de l'article 102 du TFUE au sein de l'Union Européenne, et au regard de la section 2 du Sherman Act.

L'Antitrust Division a considéré qu'un titulaire d'un brevet essentiel à une norme pouvait exploiter son pouvoir de marché à travers le processus de standardisation en demandant une

injonction ou un ordre d'exclusion, *exclusion order*, Cependant elle n'a pas précisé en quoi et comment cela violerait le Sherman Act¹³⁰.

Selon le droit nord-américain titulaire de brevet essentiel à une norme peut demander des injonctions ou un ordre d'exclusion, « *exclusion order* ». Un ordre d'exclusion interdit l'importation et la vente de produits utilisant un brevet contrefait.

La plupart des contrats de licence FRAND ne prohibe par explicitement ou implicitement le titulaire du brevet essentiel à une norme d'effectuer une demande d'injonction. Par exemple, « *l'IPR policy* » de l'ETSI, ne spécifie pas de limitations au droit d'action du propriétaire du brevet. En réalité, les membres d'ETSI ont rejeté dans leur politique, la possibilité de préciser le droit à demander une injonction¹³¹.

Certains organismes de normalisation restreignent cependant le droit d'action du propriétaire du brevet essentiel à une norme. Par exemple, il a été ajouté à la politique de brevets, de l'Institute of Electrical and Electronics Engineers, en 2015, une prohibition pour le titulaire du brevet essentiel à une norme de requérir une injonction de la part des juges, sauf dans de rares exceptions¹³².

Les cours américaines ont confirmé, que même en l'absence de restriction du droit d'action du titulaire du brevet essentiel à une norme, la requête de ce dernier peut violer son obligation des délivrer des licences FRAND¹³³.

La nature même de l'obligation de délivrer une licence à des conditions FRAND, et les politiques des organismes de normalisation définissent les devoirs exacts du titulaire du brevet.

¹³⁰ J. Gregory Sidak, *Chapter 24 : Injunctive Relief and the FRAND Commitment in the US*, Cambridge Handbook of Technical Standardization Law : Antitrust and Patents

¹³¹ Cf. note 130

¹³² Cf. note 130

¹³³ *Apple, Inc. v. Motorola Mobility, Inc.*, No. 11-cv-00178, 2012 WL 5416941, at *5 (W.D. Wis. Oct. 29, 2012); *Microsoft Corp. v. Motorola, Inc.*, No. 2:10-cv-01823, 2012 WL 4827743, at *4 (W.D. Wash. Oct. 10, 2012)

Ce dernier doit obligatoirement offrir une licence à des conditions qu'il considère comme FRAND à toute personne tierce qui souhaite intégrer le standard à sa technologie. Un titulaire d'un brevet essentiel à une norme qui requiert une injonction avant même de répondre à son devoir d'offrir une licence à des conditions FRAND, peut être considéré comme violent le contrat qu'il le lie avec l'organisme de normalisation. C'est ce que la *District Court of the Northern District of California* a retenu dans l'arrêt *Realtek Semiconductor Corp. v. LSI Corp.*¹³⁴. Dans cette décision le titulaire du brevet avait envoyé une lettre dans laquelle il demandait à l'utilisateur de son brevet de stopper la contrefaçon et la production, sans effectuer d'offre. Dans ce cas le juge a considéré que le titulaire du brevet, en demandant un ordre d'exclusion, violait sa obligation contractuelle face à l'organisme de normalisation. La même analyse peut être faite pour une demande d'injonction.

Le titulaire du brevet en agissant de la sorte, viole également son devoir de bonne foi.

Ainsi, il est nécessaire, même dans le cas où la technologie brevetée est déjà utilisée, de proposer une licence à des conditions FRAND, selon les cours américaines.

Les juges américains limitent de la sorte la possibilité pour le titulaire du brevet essentiel à une norme d'abuser de sa position dominante sur le marché.

En 2006, la *Supreme Court* des Etats-Unis a retenu dans un arrêt *Ebay*, que les *districts courts* devaient exercer leur pouvoir discrétionnaire d'appréciation lorsqu'elles devaient délivrer une injonction¹³⁵. Dans cette décision la Cour Suprême donne quatre critères que doit remplir le titulaire du brevet non essentiel à une norme afin d'obtenir une injonction. Par la suite, le *Federal Circuit* a retenu que ces critères pouvaient être appliqués à un titulaire d'un brevet essentiel à une norme dans un arrêt *Apple Inc. v. Motorola Inc.*¹³⁶.

¹³⁴ *Realtek Semiconductor Corp. v. LSI Corp.*, 946 F. Supp. 2d 998, 1003 (N.D. Cal. 2013)

¹³⁵ *eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C.* (547 U.S. 388 (2006))

¹³⁶ *Apple Inc. v. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286, 1332 (Fed. Cir. 2014)

Les quatre critères retenus par la Cour Suprême peuvent être traduits de la manière suivante :

- le titulaire du brevet doit être victime d'un dommage irréparable, tel que la perte de revenu, de part de marché, la perte d'opportunité sur le marché, ou encore de réputation. Cette situation est souvent retenue lorsque le demandeur et le défendeur sont des concurrents ;
- les réponses données par le droit, tels que les dommages et intérêts doivent être inadéquates pour compenser et réparer le dommage ;
- en considérant la balance des intérêts entre le plaignant et le défendeur, une réparation en équité, *in equity*, est nécessaire. Lorsqu'il n'existe pas d'alternative au brevet, le titulaire du brevet a une situation plus favorable sur le marché, que le futur licencié. En revanche si le brevet est essentiel au commerce de l'entreprise détenant le brevet, une injonction sera plus facilement délivrée ;
- enfin, il est nécessaire que la sanction soit prise en considération de l'intérêt public.

Si le titulaire du brevet ne répond pas à ces quatre conditions, l'injonction ne sera pas accordée.

Certains auteurs comme C. Shapiro et M. Lemley, considèrent qu'en offrant une licence à des conditions FRAND, le titulaire du brevet essentiel à une norme ne peut remplir ces quatre critères, puisqu'en agissant de la sorte, il admet implicitement que les dommages et intérêts pourront le compenser en cas de contrefaçon de son brevet¹³⁷. Ce n'est cependant pas l'avis du Federal Circuit.

Cependant de telles décisions de la part des juges sont quasi inexistantes pour les brevets essentiels à une norme.

En Juillet 2013, « *l'International Trade Commission* » (ICT), a donné son seul et unique ordre d'exclusion à l'encontre d'un contrefacteur d'un brevet essentiel à une norme¹³⁸.

¹³⁷ Mark A. Lemley and Carl Shapiro, *A Simple Approach to Setting Reasonable Royalties for Standard-Essential Patents*, 28 Berkeley Tech. L.J. (2013)

¹³⁸ Certain Electronic Devices, Including Wireless Communication Devices, Portable Music and Data Processing Devices, and Tablet Computers at 13, Inv. No. 337-TA-794, USITC Pub. 2824 (July 5, 2013) (final) [hereinafter USITC Inv. No. 337-TA-794]

La menace d'injonction du titulaire d'un brevet essentiel à une norme est donc clairement restreinte par les cours américaines.

En Europe, la Commission Européenne a précisé dans une décision Samsung¹³⁹ et Motorola¹⁴⁰, en quoi le titulaire d'un brevet essentiel à une norme pouvait abuser de sa position dominante sur le marché en effectuant une demande d'injonction.

Dans les faits Samsung et Motorola étaient en négociations avec Apple pour délivrer des licences relatives à leurs brevets essentiels à une norme. Ces négociations ont brusquement pris fin, et Samsung et Motorola ont ouvert des actions en contrefaçon à l'encontre d'Apple devant les cours allemandes.

Suite à ces contentieux, la Commission Européenne, a ouvert diverses enquêtes à l'encontre des deux entreprises pour déterminer si ces procédures constituaient un abus de position dominante.

Selon elle, lorsqu'une offre de licence à des conditions FRAND a été délivrée et que le potentiel licencié manifeste sa volonté de négocier une licence sur cette base, la demande d'injonction par le titulaire du brevet peut constituer un abus de position dominante contraire à l'article 102 du TFUE. C'est sur cette base, que la Commission considère que le titulaire du brevet essentiel à une norme peut utiliser la menace d'une injonction pour fausser les négociations et imposer des termes de licences non FRAND.

Samsung s'est engagé auprès de la Commission à ne pas demander des injonctions pour n'importe lequel de ces brevets essentiels à une norme présents ou futurs pour ses appareils mobiles pour une période de 5 ans contre n'importe lequel des licenciés qui accepte un cadre de licence particulier pour la détermination de termes FRAND.

Le détail du cadre pour délivrer une licence est le suivant pour Samsung:

- une période de négociation de 12 mois ;

¹³⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-490_en.htm

¹⁴⁰ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-489_en.htm

- et si aucun accord n'est conclu, le choix des termes doit être laissé à un arbitre ou une cour.

Concernant Motorola, la Commission a adopté une décision caractérisant l'infraction contrairement à Samsung. Elle a considéré que Motorola a abusé de sa position dominante sur le marché pour avoir demandé une injonction contre Apple à propos du standard GPRS.

Cependant, la Commission a exercé son pouvoir discrétionnaire et exceptionnellement n'a pas imposé une amende.

Des pratiques sont mises en place par certains propriétaires de brevets, par exemple Google ne requiert du juge une injonction de payer que si premièrement, six mois avant, Google a fait une offre de licence, et si, deuxièmement, soixante jours avant la requête auprès du juge, Google a proposé un arbitrage concernant les termes de la licence.

Section II :

La nécessité de limiter les « *non practicing entities* » et de s’opposer aux « *patent trolls* »

Une pratique s’est développée dans le domaine des TIC : des entreprises achètent des brevets pour concéder des licences et en tirer des bénéfices, elles ne participent pas à l’innovation (« *non practicing entities* »). Certaines profitent de leur position dominante sur le marché pour menacer d’intenter des actions en contrefaçon si les utilisateurs du brevet ne paient pas des redevances à prix excessifs (« *patent trolls* ») (I). Dans le cadre des brevets essentiels à une norme, il est nécessaire en cas de cession, de maintenir l’obligation FRAND, et s’assurer qu’aucune discrimination n’est faite dans la délivrance des licences (II).

I. L’identification des « *non practicing entities* » et « *patent trolls* »

Depuis une vingtaine d’années, des entreprises acquièrent des brevets, pour concéder des licences et obtenir des royalties en contrepartie. Elles sont communément appelées les « *non practicing entities* » (A). Les « *patent trolls* » sont un type de « *non practicing entities* » qui ont un impact négatif sur le marché des TIC et l’innovation (B).

A. La notion de « *non practicing entities* »

Auparavant, les brevets essentiels à une norme étaient détenus par des entreprises très actives dans le domaine de la recherche et du développement dans le milieu des TIC. Ces dernières étaient également des entreprises qui vendaient des produits et des services, telles que Microsoft, ou encore Apple.

Initialement peu d'entreprises demandaient des redevances pour leurs brevets essentiels à une norme. Par exemple, peu de propriétaires de brevets relatifs à la norme GSM, demandaient le paiement de redevances de licences¹⁴¹.

Puis, progressivement de plus en plus d'entreprises ont demandé des royalties pour l'utilisation de leurs brevets.

Les engagements FRAND se sont révélés généralement efficaces pour limiter le montant des redevances perçues par ces sociétés en établissant un équilibre raisonnable entre les intérêts des donneurs de licence et des licenciés.

Cependant, durant ces deux dernières décennies, le marché dans le secteur des TIC s'est transformé : certaines entreprises exploitent le pouvoir de marché obtenu à travers la normalisation. Ces dernières acquièrent des brevets essentiels à une norme pour obtenir des royalties.

Les acteurs de ce type sont appelés des « *non practicing entities* », et ne fournissent pas de produits ou services. Ce type d'entreprise ne participe pas au marché, à l'innovation ou au développement de technologies.

Elles acquièrent les droits de propriété intellectuelle relatifs à un standard donné, et délivrent des licences aux entreprises souhaitant intégrer le standard, moyennant rétribution.

Un tel propriétaire de brevet n'investit donc pas dans la recherche et le développement, ils attendent d'acquiescer des droits pour profiter du pouvoir de marché que donnent ces droits. Les redevances perçues par la suite seront réinvesties dans l'achat d'autres brevets, et aucunement dans l'innovation.

Cependant certaines universités souhaitant avancer dans la recherche, adoptent ce type de comportement sur le marché afin d'obtenir des redevances qui seront réinvesties dans la recherche. Il est nécessaire qu'elles délivrent dans ce cas des licences à des conditions FRAND.

¹⁴¹ Steven Anderman et Ariel Ezrachi, *Intellectual Property and Competition law – New Frontiers*, Standard Setting Analysis under US Law, p. 375-380, Oxford University Press, 2013.

B. Un type de « *non practicing entities* » : les « *patent trolls* »

Le terme « *patent troll* » est apparu dans les années 1990. Un « *patent troll* » est un type de « *non practicing entity* », qui amasse un nombre important de brevets avec l'intention d'ouvrir des actions en contrefaçon à l'encontre des utilisateurs des brevets à qui ils n'ont pas concédé de licences.

Aux Etats-Unis, la FTC utilise le terme « *patent assertion entities* », pour distinguer les « *patent trolls* » des « *non practicing entities* ». Les « *patent trolls* » agissent de manière agressive sur le marché. Elles n'utilisent pas les droits de propriété intellectuelle pour innover et faire avancer la recherche et le développement.

Les brevets sont utilisés comme une arme juridique. Ces entreprises achètent des brevets à des prix très bas à d'autres entreprises qui souhaitent obtenir des liquidités rapidement, et profite de leur situation de faiblesse sur le marché.

Par la suite, le nouveau propriétaire du brevet essentiel à une norme adresse un courrier, dans lequel il indique le montant des redevances à verser, sous peine de voir une action en contrefaçon s'ouvrir à l'encontre des utilisateurs de la norme. Le montant des redevances est en principe élevé.

Les utilisateurs de la norme prenant peur des conséquences d'une telle action en justice ouverte à leur encontre, décident généralement de répondre en payant les redevances demandées. En effet, une action en contrefaçon a un coup très lourd pour une entreprise, les montants dépensés notamment dans la défense découragent les entreprises à s'engager dans une bataille judiciaire qui pourrait durer plusieurs années.

Le pourcentage de procès relatif à des brevets est très important dans le domaine des TIC¹⁴². Une étude a prouvé que les « *non practicing entities* » privaient les entreprises d'environ 30 milliards de dollars par an, et coûtaient environ 500 milliards de dollars pour les douze dernières années.

Dans le cadre des brevets essentiels à une norme, ces droits de propriété intellectuelle représentent une véritable arme juridique : les fabricants et innovateurs souhaitant intégrer la norme ou le standard à leur technologie, n'ont pas d'autre choix que de payer le montant des royalties demandé pour continuer à intégrer la norme, et pour éviter tout contentieux pouvant peser sur le budget accordé à la recherche, au développement, à la fabrication ou à l'innovation.

Le pouvoir de marché accordé par un brevet essentiel à une norme est bien plus conséquent qu'un brevet non essentiel, simple. La menace est donc d'autant plus importante avec de tels droits. Le nouveau propriétaire du brevet essentiel à une norme ne s'intéresse qu'au pouvoir de marché qu'il acquiert à travers ce type de brevet : il se trouve en position dominante et en abuse, en menaçant d'ouvrir des actions en contrefaçon.

II. Les remèdes aux « *non practicing entities* » et « *patent trolls* »

Afin de limiter le nombre de contentieux et d'abus de la part des « *non practicing entities* » il est nécessaire que l'obligation de délivrer des licences à des conditions FRAND suive la cession du brevet essentiel à une norme (A). Par ailleurs les juges s'opposent fermement à la cession de brevets ayant pour seul but obtenir de plus importantes royalties (B).

¹⁴² John R. Allison Mark A. Lemley David L. Schwartz, *How Often Do Non-Practicing Entities Win Patent Suits*, Berkeley Technology Law Journal, Volume 32, Issue 1, Article 7, 2018

A. Le maintien de l'obligation FRAND

De telles pratiques peuvent être sanctionnées au regard de l'article 102 du TFUE, et de la Section II du Sherman Antitrust Act, qui sanctionnent les abus de position dominante sur le marché.

Lorsque le nouveau propriétaire acquiert les droits se rattachant au brevet essentiel à une norme, il est nécessaire que l'obligation FRAND qui se rattache au brevet le suive et s'impose à ce nouveau titulaire des droits. Si une « *non practicing entities* » achète un brevet essentiel à une norme, il devrait être informé de l'obligation qui en découle, de délivrer des licences à des conditions FRAND, et y être tenu de ce fait.

La Commission Européenne a soutenu cette position dans une déclaration publique à propos de la société ICom. Nokia avait intenté une action à l'encontre de ICom en 2009 : Nokia considérait que ICom n'avait pas répondu à son obligation de délivrer des licences à des conditions FRAND quant à son portefeuille de brevet essentiel à un standard « *wireless network* » que Robert Bosch avait acquis¹⁴³.

Initialement la plainte avait été dirigée contre Robert Bosch en Allemagne en 2006, Nokia considérait qu'il devait répondre à l'obligation de délivrer des licences FRAND.

En décembre 2009, la Commission a annoncé qu'il était nécessaire que ICom fasse une déclaration publique dans laquelle l'entreprise expose sa volonté de délivrer des licences à des conditions FRAND¹⁴⁴.

¹⁴³ Steven Anderman et Ariel Ezechai, *Intellectual Property and Competition law – New Frontiers*, Standard Setting Analysis under US Law, p. 375-383, Oxford University Press, 2013

¹⁴⁴ European Commission, press release, « *Antitrust : Commission welcomes ICom's public FRAND declaration* »

D'un point de vue concurrentiel il est nécessaire que le nouveau propriétaire soit placé dans la même situation que le premier. Il ne peut bénéficier d'un pouvoir de marché et d'une position dominante sans que le risque d'abus soit encadré.

L'obligation de délivrer des licences à des conditions FRAND, limite ces risques d'abus de position dominante sur le marché. Si l'obligation n'est pas également cédée, le nouveau titulaire des droits bénéficie d'un avantage que l'ancien propriétaire du brevet n'avait pas, et d'un avantage que d'autres propriétaires de brevets essentiels à une norme n'ont pas : il peut délivrer des licences à des conditions qu'il décide sans considérer l'intérêt du futur licencié, de ce qui peut être considéré comme juste, raisonnable et non discriminatoire pour l'exploitation du brevet.

Bien que le nouveau propriétaire ne soit pas partie au contrat initial conclu avec l'organisme de normalisation, il obtient un droit lui donnant accès à une position stratégique sur le marché.

B. La nécessité d'empêcher la cession de brevet pour obtenir de plus importantes redevances

Dans une affaire récente opposant Unwired Planet et Huawei le 21 décembre 2019, devant la Haute Cour Régional, les juges ont développé leur appréhension vis-à-vis des cession de brevets essentiels à une norme, lorsqu'elles ont pour but d'augmenter le montant des royalties perçues¹⁴⁵.

La Cour a considéré qu'une entreprise ne peut attendre des redevances plus importantes en achetant des brevets essentiels à une norme.

Une entreprise qui acquiert des brevets pour concéder par la suite des licences, se doit de délivrer ces licences à des conditions équivalentes à celles existantes avant la cession dudit

¹⁴⁵ <https://www.twobirds.com/~media/pdfs/news/articles/2019/what-next-for-frand.pdf?la=en>

brevet. La situation contraire signifierait que les licences portant sur le même brevet seraient délivrées à des conditions différentes, et donc discriminatoires.

Le titulaire d'un brevet considéré comme essentiel à une norme, promet à l'organisme de normalisation de délivrer des licences sans discrimination. Tenter d'obtenir des redevances plus importantes pour les mêmes droits de propriété intellectuelle, porterait directement atteinte à l'obligation de contracter à des termes FRAND.

Dans les faits, Ericsson et Huawei ont initialement négocié la poursuite d'une licence expirée. Pendant ces négociations, Ericsson a cédé ses brevets à Unwired Planet en 2013, une « *non practicing entity* ». Après quoi il a été offert des conditions de licence moins avantageuses pour Huawei à un tarif bien plus important. Ainsi, le licencié n'était pas placé dans la même situation qu'avant la cession des brevets, alors même qu'il n'est pas parti à l'opération de cession

L'obligation FRAND a pour but de limiter le montant des royalties que peut obtenir le titulaire du brevet essentiel à une norme. Permettre d'obtenir des redevances plus importantes après une cession, porte directement atteinte à l'obligation conclue avec l'organisme de normalisation. La cession ne peut avoir pour objet d'obtenir des royalties plus importantes.

Par ailleurs, dans l'hypothèse où une entreprise a obtenu une licence qui se poursuivrait après la cession, l'entité continuerait à exploiter le brevet essentiel à une norme au même tarif de redevance. Au contraire, le futur licencié, qui souhaite obtenir l'exploitation du même brevet, mais seulement après la cession, pourra se voir demander des montants de redevances plus conséquents, et donc sera discriminé par rapport au premier licencié.

Il est donc nécessaire de s'assurer que les conditions de licences pour l'exploitation du brevet cédé, soient les mêmes que celles précédemment pratiquées avant la cession.

CONCLUSION

Les contentieux en matière de licence FRAND se multiplient. Il est difficile pour les parties de s'entendre sur ce que représente la redevance adéquate à l'exploitation d'un brevet essentiel à une norme.

Les détenteurs de brevets dits essentiels à une norme, profitent et parfois abusent de leur position dominante sur le marché, en imposant des redevances trop importantes pour le futur licencié souhaitant se conformer à la norme ou au standard. Ce dernier est dans une situation de faiblesse face au titulaire du brevet, puisque le détenteur des droits de propriété intellectuelle peut intenter une action en contrefaçon à l'encontre de l'utilisateur de la norme, s'il refuse de payer le montant des redevances demandé.

Les juges et arbitres sont donc parfois amenés à départager les parties et à déterminer le tarif de redevances qui répondrait à l'obligation FRAND. Ce faisant, les juges s'immiscent dans les termes du contrat et imposent un tarif de redevance qui n'est pas nécessairement satisfaisant, que ce soit pour le futur licencié, ou le titulaire du brevet.

Il est donc nécessaire que les tarifs soient fixés en amont avant l'adoption de la norme ou du standard : un montant maximal de redevance devrait être défini en prenant en compte uniquement la valeur du brevet, avant même qu'il ne soit considéré comme essentiel à la norme ou au standard.

Par ailleurs, les organismes de normalisation devraient définir les termes des contrats de licence de manière plus détaillée dans leur « *IPR Policy* » afin d'aiguiller les parties dans la détermination du montant de redevances et imposer certaines limites aux titulaires de brevet essentiels à une norme, afin qu'ils n'abusent pas de leur position dominante sur le marché, notamment à travers des demandes d'injonctions.

TABLE DES MATIERES :

RÉSUMÉ	3
REMERCIEMENTS	5
SOMMAIRE.....	6
INTRODUCTION	8
TITRE I	15
LA CRÉATION DE LA NORME ET LA QUALIFICATION DU BREVET ESSENTIEL À UNE NORME AUX ETATS-UNIS ET AU SEIN DE L’UNION EUROPÉENNE : UN SYSTÈME INTERNATIONAL BASÉ SUR L’ACCORD DES VOLONTÉS	15
CHAPITRE I.....	15
LES ORGANISMES DE NORMALISATION MÉLANT DES ACTEURS PRIVÉS COMME PUBLICS : UN RÔLE PRÉPONDÉRANT DES ENTREPRISES DANS LE DOMAINE DES TECHNOLOGIES DE L’INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION.....	15
<i>Section I :</i>	<i>15</i>
<i>L’élaboration de la norme : un consensus international.....</i>	<i>15</i>
I : L’existence d’une distinction dans la définition de la norme et du standard dans le domaine des TIC	16
A. L’attachement à la norme au sein de l’Union Européenne	16
B. Une préférence pour le standard aux États-Unis.....	19
II : Les différents processus d’élaboration de la norme	21
A. L’élaboration de la norme au sein d’organismes officiels de normalisation	21
B. L’élaboration de la norme par le secteur privé	22
<i>Section II :</i>	<i>25</i>
<i>La nécessité d’un équilibre entre intérêts privés et intérêts publics dans l’élaboration de la norme</i>	<i>25</i>
I. L’importance des entreprises dans le choix de la norme dans le domaine des TIC	

A.	La composition et les décisions des organismes de normalisation : un contrôle par l'autorité publique au sein de l'Union Européenne	25
B.	La prépondérance des entreprises au sein des organismes justifiée par la spécialisation inhérente au secteur technologique	27
II.	La nécessité d'assurer le bon fonctionnement du marché	30
A.	L'importance de la protection des consommateurs	30
B.	La nécessité d'une concurrence effective	32
CHAPITRE II		35
LA RECONNAISSANCE DU BREVET ESSENTIEL A UNE NORME : UN ACCORD DE TYPE CONTRACTUEL		35
<i>Section I :</i>		35
<i>Un contrat entre organismes de normalisation et entreprises privées</i>		35
I.	La condition initiale : l'existence d'une innovation protégée par un brevet.....	35
A.	La protection des innovations aux Etats-Unis et dans l'Union Européenne.....	35
B.	L'obtention du titre de brevet essentiel à une norme	38
II.	La qualification de l'accord entre organisme de normalisation et propriétaire de brevets	42
A.	L'existence d'un contrat au bénéfice d'un tiers	42
B.	Le sort du contrat dans le temps	46
<i>Section II :</i>		49
<i>Un pouvoir de marché pour le titulaire du brevet nécessitant des engagements de bonne foi</i>		49
I.	Une position dominante sur le marché pour le titulaire de brevet essentiel à une norme	49
A.	Une situation de dominance.....	49
B.	Un pouvoir de marché conséquent.....	52
II.	Le devoir de bonne foi du titulaire de brevet essentiel à une norme	54
TITRE II :		57
LA LIMITATION DE LA POSITION DOMINANTE DU TITULAIRE DU BREVET ESSENTIEL A UNE NORME EN DROIT AMERICAIN ET EUROPEEN		57
CHAPITRE I:		57

L'OBLIGATION DE DELIVRER A DES CONDITIONS « <i>FAIR, REASONABLE, AND NON DISCRIMINATORY</i> » : UNE DIFFICILE DEFINITION DES TERMES ET DU MONTANT DES REDEVANCES DE LICENCES.....	57
<i>Section I</i> :.....	57
<i>L'absence de définition précise des termes par les organismes de normalisation</i>	57
I. Des termes à expliciter.....	58
A. L'utilisation de termes trop généraux et subjectifs	58
B. L'absence d'objectifs précis	61
II. Une solution <i>ex-ante</i> pour réduire le nombre de contentieux	63
A. La nécessité de développer des « <i>IPR policies</i> » avec des restrictions et objectifs précis : l'apport des auteurs et de la Commission Européenne.....	63
B. Le plafonnement du montant des royalties <i>ex-ante</i>	65
<i>Section II</i> :.....	68
<i>L'immixtion du juge dans les termes du contrat</i>	68
I. Le rôle du juge dans l'interprétation du contrat (considérations générales).....	68
II. L'immixtion du juge dans la définition des conditions et la fixation du prix.....	71
A. L'interprétation des termes du contrat par le juge	71
B. La fixation du prix par le juge.....	75
C. Une solution envisageable : la résolution amiable des conflits	77
CHAPITRE II :	81
LES EXPLOITATIONS D'UNE POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHE PAR LE TITULAIRE DU BREVET ESSENTIEL A UNE NORME	81
<i>Section I</i> :.....	81
<i>Les abus de position dominante dans la négociation</i>	81
I. La caractérisation d'une position dominante sur le marché.....	81
A. La position du titulaire du brevet et du potentiel licencié sur le marché	81
B. Le risque de « <i>patent hold-up</i> ».....	83
II. La caractérisation d'un abus	86
A. L'action en contrefaçon : l'affaire Huawei contre ZTE devant la CJUE	86
B. La menace de l'injonction.....	88
<i>Section II</i> :.....	94

<i>La nécessité de limiter les « non practicing entities » et de s’opposer aux « patent trolls »</i>	94
I. L’identification des « <i>non practicing entities</i> » et « <i>patent trolls</i> »	94
A. La notion de « <i>non practicing entities</i> »	94
B. Un type de « <i>non practicing entities</i> » : les « <i>patent trolls</i> »	96
II. Les remèdes aux « <i>non practicing entities</i> » et « <i>patent trolls</i> »	97
A. Le maintien de l’obligation FRAND	98
B. La nécessité d’empêcher la cession de brevet pour obtenir de plus importantes redevances	99
CONCLUSION	101
TABLE DES MATIERES :	102
BIBLIOGRAPHIE	106

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES :

- Giandonato Caggiano, Gabriella Muscolo, Marina Tavassi *Competition Law and Intellectual Property : a European Perspective* - Wolters Kluwers (Law and Business) 2012
- Steven Anderman, Ariel Ezrachi *Intellectual property and competition law : new frontiers* - OXFORD University Press 2013
- Steven Anderman, Hedvig Schimdt *EU competition law and intellectual property rights - the regulation of innovation* - OXFORD University Press 2011
- Jacques Azema et Jean-Christophe Galloux - *Droit de la propriété industrielle* - Précis DALLOZ 2017
- Jean-Michel Bruguière - *La propriété intellectuelle, les droits du marché et de la rivalité concurrentielle* - DALLOZ 2016
- Panagiotis Delimatsis, *The Law, Economics and Politics of International Standardisation, International Trade and Economic Law*, Cambridge University Press, 2015
- Benoit Frydman et Arnaud Van Waeyenberge *Gouverner par les standards et les indicateurs - De Hume aux Rankings*, Penser le Droit, Bruyant, 2014
- Régis Bismuth, *La standardisation internationale privée, Aspects juridiques*, Droit international, Larcier, 2014
- Pierre Larouche et Geertrui Van Overwalle *Interoperability standards, patents and competition policy* - Edité par Panagiotis Delimatsis, *The Law, Economics and Politics of International Standardisation, International Trade and Economic Law*, Cambridge University Press, 2015
- Henry Heines, *First To File: Patents for Today's Scientist and Engineer*, p.1-9, Hoboken, New Jersey : Wiley, 2014
- Alain Benabent, *Droit Civil, Les obligations*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2005

- Jorge L Contreras, *The Cambridge Handbook of Technical Standardization Law*, Chapter 9, pp. 149–169, “*Origins of FRAND Licensing Commitments in the United States and Europe.*”

ARTICLES UNIVERSITAIRES

- Jeffrey I. D. Lewis - *What is « FRAND » All about? The licensing of patents essential to an accepted standard* - *Cardozo Law* 2014
- O. Peyrat, *Les normes : histoires, principe et enjeux*, Le processus de normalisation et la construction d'un consensus normalisation, *Rev. Responsabilité et environnement* n°67 Juillet 2012
- Jorge L. Contreras, *A tale of two layers: Patents, Standardization, and the Internet* – *Denver University Law Review*, Vol. 93, No. 4, 2016 – University of Utah College of Law Research Paper No. 177
- Daniel F. Spulber, *Standard Setting Organisations and Standard Essential Patents: Voting and Markets*, *The Economic Journal*, Doi: 10.1111/eoj.12606, 2018
- Charles P. Kindleberger, *Standards as public, collective and private goods*, MIT, Seminar Paper No. 231
- Joseph Farrell, John Hayes, Carl Shapiro, Theresa Sullivan *Standard setting, Patents and Hold-Up*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 74, No. 3, 2007
- Shawn Marie Boyne, *Data Protection in the United States*, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 66, Issue suppl_1, July 2018,
- David Medina, *How The Unitary Patent Will Fragment European Patent Law*, *Arizona State Law Journal*, Vol. 47, Issue 1 (Spring 2015)
- Gwilym Roberts et Julia Venner, *Comprendre le brevet unitaire européen*, *OMPI Magazine*, Juin 2014

- Catharina Maracke, *Free and Open Source Software and FRAND-based patent licenses How to mediate between Standard Essential Patent and Free and Open Source Softwar*, The Journal of World Intellectual Property, Wiley, 2019
- David M. Summers, *Third Party Beneficiaries and the Restatement (Second) Of Contracts*, Cornell Law Review, Volume 67
- Jorge L. Contreras, *A Market Reliance Theory for FRAND Commitments and Other Patent Pledges*, 2015 Utah L. Rev. 479, 515
- Gregory Sidak, *The FRAND Contract*, CRITERION Journal On Innovation, Vol 3, 2018
- Sophie Vigneron, *Le rejet de bonne foi en droit anglais*, 2008
- Kessler, Friedrich/ Fine, Edith, *Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*, 77 Harv.L.Rev. 1963/64, at 401 et seq.
- M.A. Lemley and C. Shapiro, *Patent Holdup and Royalty Stacking*, 2007
- M. Dolmans, *Standards, IP, and Competition : How to Avoid False FRAND's*, Fordham IP Law Institute, Standard Setting – The Interplay With IP and Competition Laws, 2008
- P. Chappatte *FRAND Commitments – The Case for Antitrust Intervention*, European Competition J 319, 340, 2009
- C. Shapiro, H. Varian, *Information Rules : A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, 1999
- J. Farrell, *Standard Setting, Patents, and Hold-Up*, 74 Antitrust LJ 603, 638, 2007
- Damien Geradin, Miguel Rato, *FRAND Commitment and EC Competition Law: A Reply to Philippe Chappatte*, European Competition Journal 2010
- David Encaoua, *Pouvoir de marché, stratégie, régulation : Les contributions de Jean Tirole, Prix Nobel d'Economie 2014*, Revue d'économie politique, janvier-février 2015
- Hardy *The feasibility study's rules on contract interpretation*, 19/6 European Review of Private Law 825, 2011
- Shida Galletti *Contract interpretation and relational contract theory: a comparison between common law and civil law approaches*, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa Vol. 47, No. 2 (JULY 2014),

- Carl Shapiro, Injunctions, Hold-Up, and Patent Royalties, *American Law and Economics Review* 12, no.2509-557 (2010)
- Chryssoula Pentheroudakis, Justus A. Baron, *Licensing Terms of Standard Essential Patents, A Comprehensive Analysis of Cases*, JCR Science for Policy Report, 2017
- J. Gregory Sidak, *Chapter 24 : Injunctive Relief and the FRAND Commitment in the US*, Cambridge Handbook of Technical Standardization Law : Antitrust and Patents
- Mark A. Lemley and Carl Shapiro, *A Simple Approach to Setting Reasonable Royalties for Standard-Essential Patents*, 28 Berkeley Tech. L.J. (2013)
- John R. Allison Mark A. Lemley David L. Schwartz, *How Often Do Non-Practicing Entities Win Patent Suits*, Berkeley Technology Law Journal, Volume 32, Issue 1, Article 7, 2018

TEXTES DE LOI, REGLEMENTS, LIGNES DIRECTRICES ET COMMUNICATIONS

- **Union européenne**

- Article 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne
- Règlement n ° 1025/2012 du 25 Octobre 2012 relatif la normalisation européenne
- Règlement (UE) n ° 1257/2012 du 17 décembre 2012 mettant en œuvre la coopération renforcée dans le domaine de la création d'une protection unitaire conférée par un brevet
- Communication de la commission au parlement européen, au conseil et au comité économique et social européen - *Définition de l'approche de l'Union en ce qui concerne les brevets essentiels à des normes* - 29/11/2017
- Règlement général sur la protection des données personnelles, règlement n°2016/679, 27 avril 2016

- Communication de la Commission Européenne Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (2011/C 11/01)
- Yann Ménière, *Fair, Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND) Licensing Terms, Research Analysis of a Controversial Concept*, JCR and Policy Report, Commission Européenne 2015
- Lando & Beale « *Principles of European Contract Law, Parts I and II* » Commission Européenne
- Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) paragraphe § 242, Code civil allemand
- Article 1104 Code civil français

- **Etats-Unis :**

- U.S. DEP'T OF JUSTICE & FED. TRADE COMM'N, ANTITRUST ENFORCEMENT AND INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: PROMOTING INNOVATION AND COMPETITION (2007)
- Restatement (Second) Of Contracts, Chapter I
- D. Meyer, DAAG at the Antitrust Division of the US DOJ, 'How to address « hold up »' in Standard Setting without deterring innovation : Harness innovation by SDOs', Speech given at ABA Section of Antitrust Spring Meeting (Washington, DC, 2008)

THESE :

- Haris TSILIKAS - *Antitrust Enforcement and Standard Essential Patents: Moving beyond the FRAND Commitment* - 2017

JURISPRUDENCE :

- **Au sein de l'Union Européenne :**

CJUE :

- Huawei Technologies 16 juillet 2015 aff. C-170-13
- Décision du 15 décembre 1986; *X/Open Groupe* [1986] OJ L 35/36
- CJUE 14 février 1978, *United Brands / Commission* (27/76, Rec. P. 00207)

Commission Européenne :

- European Commission, Commission Decision of 24 March 2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty, Case COMP/C-3/37.792 Microsoft (Brussels, 21 April 2004), C(2004)900 final
- Antitrust decisions on standard essential patents (SEPs) - Motorola Mobility and Samsung Electronics (29 avril 2014)

Angleterre :

- *Apple Retail UK Ltd. v. Qualcomm (UK) Ltd.* [2018] EWHC (Pat) 1188 (Eng.)
- *Unwired Planet Int'l Ltd. v. Huawei Techs. Co.* [2017] EWHC (Pat) 1304 (Eng.)
- *Walford v. Miles* [1992] 2 AC 128, p. 138. (Eng.)
- *Investors Compensation Scheme Ltd. v West Bromwich Building Society* [1998] UKHL

France :

- Cass. com., 29 oct. 2002, n° 01-03.987, n° 1720, *M. Decaudain c/ Sté Sucrerie de Bucy-Le-Long*, rejet, CA Amiens, 6 févr. 2001

- **Aux Etats-Unis :**

- Apple, Inc. v. Motorola, Inc. United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division. Jun 22, 2012
- Unwired Planet International Ltd & Anor v Huawei Technologies Co Ltd & Anor (Rev 1) [2018] EWCA Civ 2344 (23 October 2018)
- HTC America Inc. v. Ericsson Inc. United States District Court, for the Eastern District of Texas Tyler Division, (7th December 2018)
- Appeal from the United States District Court for the Western District of Washington James L. Robart, District Judge, Presiding, April 8, 2015—San Francisco, California, Filed July 30, 2015
- Apple Inc. v. Motorola, Inc., June 22, 2012 in the District Court for the Northern District of Illinois, Case No. 1:11-cv-08540
- Realtek Semiconductor Corp. v. LSI Corp., 946 F. Supp. 2d 998, 1003 (N.D. Cal. 2013)
- Apple Inc. v. Motorola, Inc., 757 F.3d 1286, 1332 (Fed. Cir. 2014)
- eBay Inc. v. MercExchange, L.L.C. (547 U.S.C 388 (2006)
- Venture Associates Corporation, Plaintiff-appellant, v. Zenith Data Systems Corporation, Defendant-appellee, 96 F.3d 275 (7th Cir. 1996)
- Georgia-Pacific Corp. v. United States Plywood Corp., 318 F. Supp. 1116 (S.D.N.Y. 1970), May 28, 1970
- TCL Commc'ns Tech. Holdings, Ltd. v. Telefona- ktiebolaget LM Ericsson, No. 14-341, 2017 WL 6611635, slip op. at *5 (C.D. Cal. Dec. 17, 2017)
- Microsoft Corp. v. Motorola, Inc., 854 F. Supp. 2d 993, 999 (W.D. Wash. 2012)
- Rambus, Inc. v. Infineon Techs. AG, 164 F. Supp. 2d 743, 772 (E.D. Va. 2001), In the Matter of Rambus Inc., No. 9302, at 3 (F.T.C. Aug. 2, 2006)

SITES INTERNET :

- https://www.wipo.int/sme/fr/documents/ip_standards.htm
- <https://www.etsi.org/intellectual-property-rights>

- <https://www.tiaonline.org>
- <https://www.ansi.org>
- <https://www.iso.org/fr>
- <https://www.3gpp.org/about-3gpp/about-3gpp>
- <https://www.w3.org>
- http://europa.eu/rapid/press-release_IP-04-382_fr.htm
- https://www.lemonde.fr/economie/article/2019/01/18/huawei-et-zte-au-c-ur-des-tensions-commerciales-entre-les-etats-unis-et-la-chine_5410963_3234.html
- <https://www.concurrences.com/fr/glossaire-des-termes-de-concurrence/pouvoir-de-marche>
- <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/tirolenobel.pdf>
- https://www.essentialpatentblog.com/wp-content/uploads/sites/64/2019/05/2019-05-23-HTC-v.-Ericsson-Redacted-Memorandum-Of-dckt-538_0.pdf
- <https://www.essentialpatentblog.com/2019/05/judge-gilstrap-rules-ericssons-licensing-offer-was-frand-compliant-htc-v-ericsson/>
- <https://www.cnbc.com/2019/04/18/apple-paid-5-billion-to-6-billion-to-settle-with-qualcomm-ubs.html>
- <https://www.apple.com/newsroom/2019/04/qualcomm-and-apple-agree-to-drop-all-litigation/>
- http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-490_en.htm
- http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-489_en.htm
- https://www.twobirds.com/~/_media/pdfs/news/articles/2019/what-next-for-frand.pdf?la=en