

CHRONIQUE

Une illustration de la confrontation entre concurrence et propriété intellectuelle : les licences FRAND

CATHERINE GRYNFOGEL, Maître de conférences à l'université Toulouse I-Capitole

1. La question des relations difficiles entre droit de la propriété intellectuelle et droit européen de la concurrence n'est pas nouvelle, mais elle a encore de beaux jours devant elle. Si les deux disciplines poursuivent le même objectif de promotion du développement économique et de l'innovation, les voies pour y parvenir divergent ; en effet, là où le droit de la **propriété intellectuelle** confère un **monopole aux titulaires**, qui peuvent ainsi interdire aux tiers l'utilisation de leur bien par la voie de l'action en contrefaçon, le **principe de libre concurrence** implique l'accès de chacun au marché de son choix, d'où de nombreux conflits.

2. L'étude de la jurisprudence démontre que les **droits de propriété intellectuelle (DPI)** peuvent parfois être **sacrifiés** sur l'autel du droit de la concurrence : alors que le titulaire de DPI souhaitait user des prérogatives qu'il tenait de sa législation nationale, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) y a vu un comportement abusif au sens du droit européen de la concurrence et l'a obligé, à titre de sanction, à communiquer, par exemple, des informations qu'il aurait voulu conserver par devers lui (1).

3. Cette problématique déjà complexe s'est obscurcie plus encore en matière d'utilisation de **brevets**, notamment dans les hypothèses où intervient un troisième élément perturbateur, l'organisme de normalisation. La **normalisation** – soit le processus d'élaboration de normes ou de documents de référence – a pour objectif, elle aussi, la promotion du développement économique et de l'innovation ; mais elle vise à faciliter l'accès à des technologies nouvelles au plus grand nombre d'utilisateurs, alors que le droit de la propriété intellectuelle institue des droits privatifs au profit de quelques-uns seulement, d'où nouveau conflit entre ce standard ouvert et le monopole accordé aux titulaires de brevets.

Comment les concilier, d'autant plus que de leur combinaison peut surgir une atteinte au droit de la concurrence ? Il convient d'exposer le problème dans son contexte avant d'exposer les solutions qui lui sont apportées, tant sur le terrain institutionnel (2) (I) que sur celui de la jurisprudence européenne (II).

I. La réponse institutionnelle à une question particulière : les brevets essentiels à une norme

A. Un contexte spécifique

1. Les brevets inclus dans une norme

4. Il arrive fréquemment qu'un procédé ou une technique brevetés soient inclus dans une norme, ce qui ne peut que servir les **intérêts de l'entreprise titulaire** : elle valorisera mieux ses actifs, les tiers utilisateurs étant tenus, pour respecter la norme, de conclure des licences simples avec elle et de lui verser des redevances. Mieux encore, l'inclusion de DPI dans les normes élaborées par les organismes de normalisation est le plus souvent recherchée par l'entreprise titulaire ; elle apparaîtra ainsi comme le leader technologique du marché envisagé et les méthodes de ses concurrents apparaîtront « a contrario » dépassées, obsolètes. Enfin, elle n'aura pas besoin d'engager des frais de communication et de marketing, puisque sa technologie sera largement diffusée (3).

5. De leur côté, les **opérateurs qui fabriquent des produits normalisés** sont évidemment tenus de respecter la norme. En d'autres termes, ils sont obligés d'utiliser et de suivre les enseignements du brevet d'invention qui y est intégré, cette situation étant largement illustrée dans la sphère des techniques de l'information et de la communication (normes 3G, Wifi, GSM, RFID, UMTS, etc.). En particulier, ces brevets dits « essentiels à une norme » revêtent une importance fondamentale dans des secteurs tels que les télécommunications où, pour des raisons d'interopérabilité, près de 100 % des appareils doivent utiliser les normes qui s'y rapportent (4).

6. Normalisation et droit de la propriété intellectuelle sont donc condamnés à cohabiter dans ces hypothèses, ce qui ne va pas toujours sans heurts. Sans doute, les accords de normalisation peuvent générer des **effets positifs substantiels au regard de la concurrence**, puisqu'ils encouragent l'interpénétration économique et le développement de produits ou marchés nouveaux souvent plus performants (5). Mais ils peuvent aussi produire des **effets restrictifs** de concurrence lorsque leur négociation est l'occasion, pour les entreprises, de s'entendre sur les niveaux de production, par exemple, ou de limiter l'innovation, ou encore d'exclure d'autres entreprises du marché.

(1) Voir par exemple CJCE 6-4-1995, aff. 241/91P et 242/91 P, RTE and ITP c/ Commission (Magill TV guide) ; CJCE 29-4-2004, aff. 418/01, IMS Health GmbH.

(2) Les « institutions » concernées sont, au sens large du terme, les organismes de certification et la Commission européenne.

(3) La Commission européenne a consacré au sujet une étude de 212 pages intitulée « Study on the interplay between standards and Intellectual property rights (IPRs), Final report, avr. 2011 » : <http://ec.europa.eu>

(4) Voir ci-dessous partie II les affaires Samsung/Apple et Motorola/Apple,

où était en cause la norme « service général de paquets radio » (GPRS) de l'Institut européen des normes de télécommunications (IENT).

(5) « Les normes augmentent donc, en principe, la concurrence et diminuent les coûts de production et de vente, ce dont profite l'ensemble de l'économie » : Lignes directrices (LD) de la Commission européenne du 14-1-2011 sur l'applicabilité de l'article 101 du TFUE aux accords de coopération horizontale (point 263) : JO 2011 C 11.

2. Les comportements déviants

7. Le titulaire d'un brevet essentiel à une norme (BEN) peut par exemple refuser, de façon discriminatoire, d'accorder une licence d'utilisation de son droit à tel ou tel autre opérateur économique. Ce refus constitue une barrière à l'entrée qui risque fort d'évincer ce dernier du marché en cause, puisqu'il est empêché d'accéder à la norme.

8. Par ailleurs, certains brevetés peuvent mettre en place des **stratégies dites de « divulgation tardive »**, consistant à taire le fait qu'ils détiennent un brevet intéressant la norme dans le but de mieux le faire valoir une fois la norme adoptée. Ils demandent ensuite à leurs concurrents souhaitant appliquer la norme par le biais de licences de s'acquitter de redevances souvent déraisonnables ou prohibitives. On parle encore de « *patent ambushes* » (embuscades tendues au moyen d'un brevet), dont l'affaire Rambus fournit une parfaite illustration.

En l'espèce, la Commission avait constaté qu'une entreprise partie prenante à un processus de normalisation au sein d'un groupe de travail était susceptible d'avoir dupé les autres participants en ne révélant pas qu'elle détenait, ou était sur le point de détenir, des brevets concernant la norme en cours de discussion (6). Une fois cette norme entérinée et développée sur le marché, l'entreprise avait réclamé des redevances de licences jugées excessives par la Commission pour l'utilisation de ces brevets (7). Si l'affaire s'est soldée par une procédure d'engagements, on peut d'ores et déjà noter l'angle sous lequel elle a été appréciée par la Commission : celui du droit de la concurrence, et plus précisément du droit des abus de position dominante (TFUE art. 102).

9. Enfin, le risque peut provenir, non des comportements déviants des opérateurs économiques mais du système lui-même (8) : en généralisant l'utilisation d'un procédé particulier, l'organisme de normalisation peut involontairement fausser le jeu normal de la concurrence en organisant le monopole de fait du titulaire des droits insérés dans la norme, et, par suite, en lui confiant le contrôle de l'utilisation de cette norme.

B. La solution : les licences FRAND

10. Comment concilier de façon harmonieuse normalisation et droit des brevets, tout en empêchant les comportements anticoncurrentiels des titulaires de BEN ? Aussi tentante soit-elle, l'idée des licences obligatoires (9) – bien connue du droit des brevets – a été écartée, dans la mesure où elle apparaît peu adaptée à l'utilisation de l'invention par un grand nombre d'opérateurs économiques.

Parmi les diverses réponses apportées par les organismes de normalisation à la difficulté liée à l'inclusion de DPI dans les normes qu'ils élaborent, il en est une qui « permet de combiner prévisibilité des solutions et motivation des acteurs à investir en matière de recherche et développement, à breveter

leurs inventions et à participer à la normalisation » (10) ; aussi a-t-elle été retenue par la majorité d'entre eux. C'est ainsi que, lorsqu'une norme est susceptible d'intégrer une technologie brevetée, son titulaire doit en informer l'organisme de normalisation concerné (11) tout en s'engageant, auprès de celui-ci, à accorder à tout utilisateur de la norme une licence non exclusive à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, d'où l'acronyme anglais FRAND (pour « *fair, reasonable and non discriminatory* »).

11. L'idée des licences FRAND a également séduit la Commission, qui l'a reprise à l'identique dans ses **lignes directrices sur les accords de coopération horizontale** précitées (12). Selon l'Autorité européenne de contrôle, « Les engagements FRAND visent à garantir que la technologie essentiellement protégée par des DPI [droits de propriété intellectuelle] incorporée dans une norme soit accessible aux utilisateurs de cette norme à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires. En particulier, les engagements FRAND peuvent empêcher les titulaires de DPI de rendre la mise en œuvre d'une norme difficile en refusant d'octroyer une licence ou en exigeant des redevances déloyales ou déraisonnables (en d'autres termes, des redevances excessives) une fois le secteur dépendant de la norme ou en imposant des redevances discriminatoires » (13). En définitive, les licences FRAND garantissent l'accès effectif à la norme à tous les acteurs du marché, en s'opposant à ce qu'un seul opérateur économique (soit le titulaire du brevet essentiel à la norme en cause) puisse avoir la mainmise sur le marché concerné. Autre avantage et non le moindre, ce type de licence permet aux consommateurs de bénéficier d'un plus large choix de produits interopérables, ce qui n'est pas indifférent lorsqu'on sait que le bien-être du consommateur est souvent décrit comme le but ultime du droit de la concurrence (14). Selon la Commission, « l'accès sans restriction de tous les tiers à la technologie brevetée sous-jacente à ces conditions permet de préserver les effets économiques proconcurrentiels de la normalisation » (15).

12. La situation ainsi créée génère donc de nombreux avantages dans une logique « gagnant/gagnant », sans soulever de difficulté particulière dans la plupart des hypothèses. Mais il reste que la rencontre normalisation/droits de propriété intellectuelle – ici les brevets qui, de ce fait, sont devenus « essentiels à une norme » – peut conduire à des **violations du droit de la concurrence**, notamment lorsque les protagonistes ne « jouent pas le jeu ». Par exemple, la détention d'un BEN, dans les « *patent thickets* » (16), peut déboucher sur un abus de position dominante à travers le droit d'agir en justice, l'action faussant les négociations contractuelles et conduisant les preneurs de licence à se soumettre à des conditions injustifiées (17) ; ou encore, licences croisées et communautés de brevets peuvent conduire à une entente sur les prix, dont on connaît le caractère hautement anticoncurrentiel. Par ailleurs, certains brevetés ne se souviennent curieusement plus des engagements qu'ils ont pris

(6) Certains organismes de normalisation (par exemple l'IEN) imposent aux entreprises participant à la procédure d'élaboration des normes l'obligation de les informer, « en temps voulu », de leurs DPI essentiels avant l'adoption de la norme.

(7) Commission UE 9-12-2009, aff. COMP/38.636.

(8) Voir B. Galopin, « Comment concilier propriété intellectuelle et normalisation ? », *Propriété industrielle* n° 7/8, juillet 2012, alerte 47.

(9) CPI art. L 613-11, qui permet d'obtenir une licence obligatoire en certaines circonstances.

(10) B. Galopin, ci-dessus note 8.

(11) Par exemple l'ISO, l'Afnor, l'ETSI ou le CEN.

(12) Précitées note 5.

(13) Lignes directrices, point 287.

(14) La politique de protection des consommateurs est aussi un objectif

transversal, présent dans toutes les autres politiques européennes.

(15) Voir MEMO/09/549 du 10-12-2009, où la Commission se réjouit de la déclaration publique d'IPcom sur l'octroi de licences à des conditions FRAND.

(16) Ou « *écheveau, buisson, maquis, broussailles* » de brevets, selon les formules de L. Marino : « Les *patent thickets* : du bouillon de l'innovation à la poudrière », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, 2014.

(17) Selon la Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 3-4-2007 intitulée « Améliorer le système de brevet en Europe », un *patent thicket* fait référence au problème potentiel suivant : en raison du nombre élevé de brevets nécessaires pour fabriquer un produit, l'innovation dans le secteur concerné est ralentie notamment en raison de la crainte du litige de contrefaçon du brevet (voir Communication, point 3.1, note 30).

envers l'organisme de normalisation ; aussi tenteront-ils par exemple d'imposer des conditions déraisonnables et excessives aux licenciés potentiels, le BEN leur donnant un pouvoir de marché substantiel ; enfin, ils peuvent menacer d'intenter, voire intenter, une action en contrefaçon contre l'utilisateur de la norme avec lequel une licence FRAND n'a pas été conclue de leur fait. Mais de l'autre côté, certains utilisateurs de la norme peuvent n'avoir aucune intention de conclure un contrat de licence ou de payer une redevance quelle qu'elle soit, même équitable et raisonnable. Et ce sont alors les tribunaux qui interviennent pour trancher les conflits, le plus souvent sous l'angle du droit de la concurrence.

II. Les décisions « antitrust » relatives aux BEN

13. Après l'affaire Rambus précitée, la Commission s'est encore prononcée à propos des brevets essentiels à une norme dans les affaires Samsung et Motorola, avant que la Cour de justice ne s'empare de la question dans l'affaire Huawei c/ZTE.

A. La position de la Commission sur l'action en cessation

14. La société Samsung possède des brevets essentiels liés à plusieurs normes de télécommunications mobiles et elle a pris l'engagement, auprès du « European Telecommunication Standard Institute » (ETSI, ou Institut européen des normes de télécommunications), de les concéder sous licences FRAND à tout intéressé. A partir d'avril 2011, elle n'en a pas moins introduit des actions en cessation contre la société Apple sur la base de ces brevets, lesquels concernaient la norme industrielle essentielle 3G/UMTS de l'ETSI pour les communications mobiles et sans fil.

15. Il est vrai que l'introduction d'une action en cessation constitue généralement un recours légitime pour les titulaires de brevets en cas de violation de ceux-ci. Mais tel n'est pas le cas lorsque l'action est fondée sur des brevets essentiels ; selon la Commission européenne, elle peut constituer un abus de position dominante si le titulaire des brevets s'est volontairement engagé à accorder des licences à des conditions FRAND, et si l'entreprise contre laquelle est engagée l'action est disposée à conclure un accord de licence à ces mêmes conditions. En décembre 2012, la Commission a donc communiqué à Samsung son avis préliminaire reprenant ces principes : Apple étant un demandeur de licence à des conditions FRAND pour les brevets essentiels de Samsung, l'introduction par celui-ci de ces actions en cessation dans plusieurs Etats membres de l'UE pourrait constituer un abus de position dominante en violation de l'article 102 du TFUE (18).

16. Pour répondre aux préoccupations de la Commission – et surtout pour mettre fin à la procédure (19) –, Samsung s'est donc engagée pour une période de 5 ans à n'introduire dans l'EEE, contre les entreprises adhérant à un cadre spécifique

pour la concession de licences, aucune action en cessation fondée sur des brevets essentiels, actuels ou futurs, concernant des technologies présentes dans les téléphones multifonctions et les tablettes. On notera que ce cadre de concession de licences prévoit d'une part, une période de négociation de 12 mois maximum, et d'autre part, l'établissement de conditions FRAND par des tiers – juridiction ou tribunal arbitral – faute d'accord.

Acceptés par la Commission le 29 avril 2014, ces engagements sont devenus contraignants pour Samsung. En revanche, la société Motorola qui, elle aussi, avait introduit une action en cessation contre Apple pour méconnaissance de ses brevets essentiels a fait l'objet d'une décision d'interdiction, la Commission lui enjoignant de mettre un terme à cette pratique considérée comme abusive sur la base de l'article 102 TFUE, faute de justification objective (20). Elle ne lui a toutefois infligé aucune sanction, compte tenu de l'absence de jurisprudence européenne sur le sujet. Motorola a finalement donné son accord pour l'exploitation de ses brevets essentiels selon les conditions énoncées dans le cadre FRAND (21).

B. L'action en contrefaçon : un comportement « encadré » par la Cour de justice

17. C'est dans l'affaire Huawei c/ ZTE (22) que la Cour de justice a été amenée, pour la première fois, à apprécier les conditions dans lesquelles une action en contrefaçon (et plus seulement en cessation) peut être exercée, de façon légitime – c'est-à-dire, sans que cet exercice soit qualifié d'abus de position dominante –, par le titulaire d'un brevet essentiel à une norme à l'encontre d'un concurrent/contrefacteur allégué.

18. La Cour commence par rappeler les solutions traditionnellement admises en matière de confrontation DPI/droit de la concurrence :

– Le droit de l'Union vise à garantir l'exercice des droits exclusifs liés à un droit de propriété intellectuelle tel qu'un brevet (23), tout en préservant le libre jeu de la concurrence.

– Quant aux rapports entre ces deux objectifs, elle réitère le postulat selon lequel l'exercice de ces droits (incluant le droit d'introduire une action en contrefaçon) participe des prérogatives du titulaire, si bien que cet exercice ne saurait constituer, en lui-même, un comportement abusif lorsqu'il est le fait d'une entreprise en position dominante.

– Enfin, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que l'exercice du droit exclusif peut donner lieu à un tel abus, comme elle a pu l'exprimer dans l'affaire IMS Health précitée (24).

19. A vrai dire, la difficulté se situe ailleurs, dans le contexte bien particulier de l'affaire dont il s'agit puisqu'elle concerne un brevet essentiel à une norme, lequel n'a pu le devenir que parce que son titulaire avait pris l'engagement irrévocable, auprès de l'organisme de normalisation, d'accorder des licences à des tiers à des conditions FRAND. Dès lors, les solutions traditionnelles ainsi rappelées sont-elles transposables à l'espèce ? Avant d'exposer la réponse de la Cour, il convient de procéder à un bref rappel des faits.

(18) Voir IP/12/1448 et MEMO/12/1021.

(19) Voir art. 9 du règlement 1/2003 du 16-12-2002, qui permet à la Commission de mettre un terme à la procédure en rendant les engagements proposés par une entreprise juridiquement contraignants, sans conclure à la violation des règles de l'UE en matière de concurrence. Sur ce point, voir C. Grynfogel, « Les sanctions du droit européen de la concurrence », *Juris-Classeur Commercial* fasc. n° 287, pts 38-49.

(20) Apple, en cours de procédure, a soumis à Motorola 6 offres successives

de contrat de licence, puis une offre de contrat de licence FRAND, toutes refusées.

(21) Voir le résumé de la décision de la Commission du 29-4-2014, aff. AT.39985, Motorola, notifiée sous le n° C (2014) 2892 final.

(22) CJUE 16-7-2015 aff. 170/13, Huawei Technologies co Ltd c/ZTE Corp.

(23) La Cour cite les articles 16, 17, 47 et 52 de la Charte des droits fondamentaux et la directive 2004/48/CE relative au respect des DPI.

(24) CJCE 29-4-2004, précité note 1.

1. Les faits de la cause

20. Huawei Technologies, société de dimension mondiale opérant dans le secteur des télécommunications, est titulaire d'un brevet européen qu'elle a notifié à l'ETSI en tant que brevet essentiel à la norme « long term Evolution », cette norme étant composée de plus de 4 700 brevets essentiels, dont certains appartiennent à Huawei et d'autres à ZTE. Huawei Technologies s'est en même temps engagée à délivrer aux tiers des licences à des conditions FRAND.

De son côté, le groupe international ZTE commercialise en Allemagne des produits fonctionnant sur la base de la norme « Long Term Evolution » ; il exploite ainsi le brevet d' Huawei sans toutefois lui verser de redevance. Des discussions sont engagées entre les deux sociétés sur la possibilité de conclure une licence FRAND, mais elles ne parviennent pas à se mettre d'accord. Il semblerait en effet que Huawei souhaitait le versement d'un montant qu'elle estimait raisonnable à titre de redevance, tandis que ZTE penchait pour une concession réciproque de licences. A la fin de 2013, ZTE soumettait d'ailleurs à Huawei une offre de contrats de licences réciproques assortie d'une redevance – à verser à Huawei – de 50 euros, aucune offre concrète relative à un contrat de licence n'ayant été échangée. La société Huawei introduit alors une action en contrefaçon contre deux sociétés du groupe ZTE devant le Landgericht de Düsseldorf ; elle réclame la cessation de la contrefaçon, le rappel des produits, la fourniture de données comptables et l'allocation de dommages-intérêts. C'est ce tribunal qui interroge la Cour de justice afin que celle-ci lui indique les conditions dans lesquelles une entreprise en position dominante (telle Huawei) abuse de celle-ci en introduisant une action en contrefaçon.

2. La réponse de la CJUE

21. La Cour distingue les deux types d'actions en cause, actions en cessation ou en rappel de produits et actions tendant à la fourniture de données comptables et à l'allocation de dommages-intérêts.

22. L'exercice du premier type d'action – action tendant à la cessation de l'atteinte au brevet ou au rappel des produits pour la fabrication desquels ce brevet a été utilisé – peut effectivement exposer celui qui les intente à une condamnation au titre d'un abus de la position dominante qu'il détient à moins qu'il ne souscrive aux conditions, précises et chronologiques, énumérées par la Cour :

1° Avant même l'introduction de l'action, le titulaire du BEN doit avertir le contrefacteur allégué de la contrefaçon qui lui est reprochée en désignant le brevet concerné et en précisant la façon dont il a été contrefait. Il se peut, en effet, que l'intéressé ne sache pas qu'il exploite l'enseignement d'un BEN, compte tenu du nombre important de BEN que peut comporter une norme. Tel est d'ailleurs le cas de celle faisant l'objet du litige.

6° Après que le contrefacteur allégué ait exprimé sa volonté de conclure un contrat de licence aux conditions FRAND, le titulaire doit lui transmettre une offre de licence concrète et écrite à de telles conditions en précisant, notamment, le montant de la redevance et ses modalités de calcul.

7° C'est alors que les obligations changent de camp, puisqu'il appartient désormais au contrefacteur de donner suite à cette offre avec diligence, conformément aux usages commerciaux reconnus en la matière et de bonne foi (25).

Si elle ne lui convient pas, il devra soumettre à bref délai et par écrit une contre-offre concrète correspondant aux conditions FRAND, faute de quoi il ne pourrait pas invoquer le caractère abusif d'une action en cessation ou en rappel des produits.

13° Enfin, s'il a utilisé les enseignements du BEN avant qu'un contrat de licence n'ait été conclu, il doit, dès le rejet de sa contre-offre, constituer une sûreté appropriée (garantie bancaire ou consignation des sommes nécessaires).

23. Pour sa part, l'action tendant à la fourniture de données comptables et à l'allocation de dommages-intérêts appelle une solution différente, dans la mesure où elle ne produit aucune conséquence directe sur l'apparition ou le maintien sur le marché des produits conformes à la norme fabriquée par des concurrents. Aussi la Cour indique-t-elle que l'interdiction des abus de position dominante n'empêche pas celui qui bénéficie d'une telle position, détient un BEN et s'est engagé à concéder aux tiers qui en font la demande des licences FRAND d'introduire à cette fin une action en contrefaçon contre le contrefacteur allégué.

3. Appréciation critique

24. La Cour a sans doute tenté de concilier les points de vue et de rechercher l'équilibre, difficile à atteindre, entre protection de la propriété intellectuelle et impératifs du libre jeu de la concurrence. Elle table sur la bonne foi des parties dans la recherche d'une solution amiable et alternative (offre/contre-offre) qui leur permettra de faire valoir leurs points de vue respectifs. Bonne foi des parties ? Tout est dit puisqu'il est encore possible de deviner l'intention de la Cour, sous-jacente à ce « mode d'emploi » détaillé, d'écarter l'hypothèse précitée du tiers de mauvaise foi qui utiliserait le BEN en méconnaissant le monopole du titulaire et serait dépourvu de la moindre intention, par-delà celle de conclure une licence avec lui, de lui payer une redevance quel qu'en soit le montant.

25. Ce schéma présente des points de ressemblance avec la jurisprudence issue de la théorie des facilités essentielles, même si la Cour ne le précise pas. Dans les deux cas, l'entreprise en position dominante doit permettre l'utilisation de son bien, sans lequel ses concurrents ne pourraient pas accéder au marché, tout en se soumettant à de strictes conditions afin d'échapper à la condamnation pour comportement abusif. Et ces conditions limitent d'autant plus la portée de l'action en contrefaçon, pourtant ouverte au titulaire du BEN, qu'elles ne sont pas toujours très claires. En particulier, que faut-il entendre exactement d'une « offre de licence FRAND », notamment pour ce qui concerne le montant des redevances ? Si l'on peut penser, avec la Commission, qu'une redevance déraisonnable est une redevance excessive (26), nul ne peut dire avec exactitude, dans un tel contexte, ce qu'est une redevance équitable ou raisonnable, termes hautement subjectifs. Du moins peut-on trouver quelques indications à ce propos dans les Lignes directrices précitées de la Commission : les redevances doivent être raisonnables par rapport à la valeur économique du DPI concerné, ce qui peut être déterminé, par exemple, par la comparaison « cohérente et fiable » des redevances imposées par l'entreprise en cause pour les brevets concernés « dans un environnement concurrentiel avant l'imposition de la norme au secteur avec celles imposées après l'imposition de celle-ci au même secteur » ; ou encore par l'analyse, effectuée par

(25) Ce qui doit être déterminé sur la base d'éléments objectifs et implique notamment l'absence de toute tactique dilatoire.

(26) Lignes directrices, point 287.

des experts indépendants, de « la pertinence objective et du caractère essentiel du portefeuille de DPI en cause par rapport à la norme en question (...) » (27).

Voilà qui n'est pas très simple d'application et la situation peut déboucher sur une impasse, notamment lorsque les deux parties ont fait l'une une offre, l'autre une contre-offre, et qu'elles ne parviennent pas à un accord. Elles pourront alors s'adresser à un tiers indépendant pour lui demander de déterminer le montant de la redevance, comme les y invite la Cour (28),

ou régler le différend concernant le niveau FRAND des taux de redevance en s'adressant directement aux juridictions compétentes (29). Mais alors, l'action du titulaire devra-t-elle être qualifiée d'abus de position dominante, selon l'argument que le contrefacteur allégué ne manquera pas de faire valoir en défense ? La question reste ouverte et le constat s'impose : aussi louables soient-elles, les tentatives pédagogiques de la Cour n'ont finalement envisagé qu'une seule hypothèse, celle de la négociation loyale entre les parties.

(27) Lignes directrices, point 289.

(28) CJUE 16-7-2015 précité note 23, point 68.

(29) Lignes directrices, point 291.