

LES NORMES PRIVÉES ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE, UN EXEMPLE PRATIQUE : L'AFFAIRE *NOKIA/QUALCOMM*

Par

Jacques BUHART

*Avocat, McDermott Will & Emery, Paris
Chargé de cours, Université d'Aix-Marseille*

1. Mesdames et messieurs, il m'a été demandé aujourd'hui de prendre la suite du Professeur Laurence Idot et d'illustrer son propos par un exemple concret. C'est un honneur pour moi de participer à cet atelier et de partager mes vues sur ce sujet passionnant avec le Professeur Laurence Idot et avec vous. L'exemple que je vais prendre est celui que beaucoup d'entre vous connaissent sûrement déjà, à savoir l'affaire *Nokia/Qualcomm*.

2. Comme le Professeur Laurence Idot l'a rappelé, la problématique des normes privées est double : en effet, se pose la question de leur respect de l'article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (le « Traité ») d'une part, et de l'article 102 d'autre part. L'affaire Nokia / Qualcomm permet d'illustrer ces deux aspects. Tout d'abord, laissez-moi vous présenter rapidement l'affaire en question et son contexte. Nokia et Qualcomm, qui est une société américaine impliquée dans la conception et la fabrication de solutions de télécommunications, sont toutes deux membres d'ETSI (*European Telecommunications Standards Institute*), un organisme de normalisation, constitué sous la forme d'une association loi 1901 à Sophia Antipolis. Cet organisme a pour objet d'édicter des normes privées applicables à ses membres dans le domaine des technologies de l'information et de la communication. ETSI est un organisme méconnu, qui regroupe en fait tous les grands acteurs du monde des télécommunications, non seulement européens, mais également asiatiques et nord/sud américains. Il a pour but d'élaborer des standards communs qui seront appliqués par toutes les entreprises dans le domaine des télécommunications, tant fabricants d'infrastructures que d'équipements pour les consommateurs, tels que les téléphones portables. ETSI est un des trois organismes de normalisation reconnus en tant qu'organismes européens de normalisation. Il peut être utile de prendre un exemple concret : la norme GSM ou 3G a été élaborée au sein d'ETSI. C'est elle qui nous permet de communiquer avec n'importe quelle personne via nos téléphones portables, sans nécessairement que ceux-ci appartiennent à la même marque, et sans devoir basculer d'un réseau à un autre lors du passage d'une frontière.

3. Afin que toutes les entreprises concernées puissent définir une norme, elles doivent avoir accès aux brevets dits « essentiels » pour la mise en œuvre de la norme définie par ETSI. Dans ce contexte, Nokia avait déposé une plainte contre

Qualcomm devant la Commission européenne concernant les conditions de licences accordées par Qualcomm sur ses brevets « essentiels » à la technologie W-CDMA, c'est-à-dire la norme utilisée pour la 3G. Nokia avançait que Qualcomm abusait de sa position dominante en accordant des licences pour ses brevets essentiels à l'utilisation de la norme édictée par ETSI à des conditions inéquitables, déraisonnables et discriminatoires. En outre, Nokia considérait que le montant élevé des redevances pouvait entraîner une augmentation des prix pour les consommateurs. Enfin, Nokia avançait que le comportement de Qualcomm pourrait avoir un impact négatif sur l'adoption de la future norme 4G. La Commission avait ouvert une enquête en octobre 2007. Elle l'a clôturée avant d'avoir pu notifier des griefs à Qualcomm, suite au retrait de sa plainte par Nokia en novembre 2009 après avoir transigé avec Qualcomm. Ainsi, la Commission n'a-t-elle pas eu l'occasion de se prononcer dans cette affaire, mais celle-ci n'en a pas moins été très commentée et c'est à ce titre qu'il est particulièrement intéressant de l'utiliser comme exemple aujourd'hui.

4. Je diviserai mon propos en deux parties. Tout d'abord l'édition de normes privées et les questions que cela peut poser quant au respect de l'article 101 du Traité, puis la détention d'un brevet sur une technologie « essentielle » dans le cadre d'ETSI et le risque qu'il peut en résulter d'un abus de position dominante en violation de l'article 102 du Traité.

5. Abordons tout d'abord la question du respect de l'article 101 du Traité.

6. Le choix d'une norme par ETSI, et donc des technologies en faisant partie, emporte forcément une atteinte concurrentielle à l'égard des autres technologies non retenues pour ladite norme, même si cette sélection représente un avantage important pour les consommateurs. Au-delà de cet aspect, il y a, tout d'abord, un risque inhérent de collusion à toute réunion entre concurrents telle que celles organisées au sein d'ETSI. Dans le contexte particulier des réunions entre concurrents au sein d'ETSI, il faut envisager deux cas de figure. Tout d'abord, lorsqu'une norme requiert plusieurs technologies et que plusieurs entreprises détiennent tout ou partie d'entre elles, il y a un risque que les titulaires de brevets s'entendent afin de se répartir le marché. En effet, ces entreprises pourraient décider ensemble que chacune ne déclare qu'une seule de ses technologies comme étant « essentielle » à la norme, de sorte que chaque entreprise disposerait d'un monopole de fait sur l'une de ces technologies. En outre, les titulaires de brevets détenant chacun l'une des technologies nécessaires au fonctionnement d'une norme potentielle, pourraient s'entendre afin de faire pression sur ETSI pour adopter la norme en question plutôt qu'une norme « concurrente ».

7. En second lieu, il existe un risque supplémentaire de collusion inhérent à des discussions entre entreprises souhaitant obtenir une licence. Autrement dit, on peut se retrouver en présence d'un « *buyer cartel* », c'est-à-dire d'une entente entre les entreprises qui devront obtenir une licence afin d'exploiter un ou plusieurs brevets « essentiels » à la mise en œuvre d'une norme privée. Si ces entreprises négocient de manière collective, elles peuvent en effet, au moins potentiellement, augmenter leur pouvoir d'achat, en particulier si elles représentent un grand nombre d'entreprises au sein d'ETSI face à peu d'entreprises détenant les brevets « essentiels ».

8. Qu'en est-il de l'analyse de la Commission concernant la violation potentielle de l'article 101 par les membres d'ETSI? La Commission reconnaît la validité des règles actuelles d'ETSI depuis l'abandon de l'obligation faite aux entreprises d'accepter à l'avance que leurs brevets « essentiels » fassent partie d'une norme ETSI. La Commission a en effet émis une attestation négative sous forme de lettre de confort le 2 octobre 1995 par laquelle elle a indiqué que la politique d'ETSI ne violait pas (ou plus depuis l'abandon de l'obligation pour les entreprises d'accepter à l'avance que leurs brevets « essentiels » fassent partie d'une norme ETSI), en principe, l'article 101 du Traité. Elle a aussi implicitement reconnu la validité du fonctionnement d'ETSI dans ses nouvelles lignes directrices horizontales du 14 janvier 2011 en reconnaissant la valeur des organismes de normalisation dans une partie du document qui leur est exclusivement consacrée.

9. Ces nouvelles lignes directrices et, notamment, les principes généraux qu'elles énoncent représentent également un outil utile pour analyser la validité des normes édictées au sein d'ETSI. Tout d'abord, la distinction classique entre restriction par objet et restriction par effet permet d'identifier des « lignes rouges » à ne pas franchir et, au contraire, une « zone de sécurité » au sein de laquelle les entreprises ne seront pas considérées comme agissant en violation du droit de la concurrence. Ainsi, « les accords qui ont recours à une norme dans le cadre d'un accord restrictif plus large visant à évincer des concurrents existants ou potentiels restreignent la concurrence par objet » (§273). En revanche « si la participation à la définition de la norme ne fait l'objet d'aucune restriction et que la procédure d'adoption de la norme en question est transparente, les accords de normalisation qui ne fixent aucune obligation quant au respect de la norme et qui permettent d'accéder à la norme à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires ne limiteront pas en principe la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1 » (§280). En dehors de cette zone, il sera bien entendu nécessaire pour les entreprises parties à la norme d'analyser les effets restrictifs de l'accord de normalisation. Les lignes directrices évoquent souvent le principe « FRAND » (notamment au §287) qui impose aux entreprises membres d'ETSI de fixer les conditions d'accès à une norme à des conditions équitables, raisonnables et non-discriminatoires. Le respect de ce principe permet aux entreprises prenant part au processus de normalisation de rester dans la « zone de sécurité » définie par les lignes directrices ou encore de relever de l'exception de l'article 101 paragraphe 3 du Traité si les parties parviennent à démontrer les éventuels effets pro compétitifs de l'accord.

10. Ces premières observations faites quant à la question de l'éventuelle violation de l'article 101, permettez-moi maintenant de passer à la question de l'éventuelle violation de l'article 102. Voyons tout d'abord la question de la détention d'une position dominante puis celle de l'abus de cette position dominante.

11. Le choix d'une technologie pour l'édiction d'une norme et, en conséquence, l'éviction des technologies concurrentes peut potentiellement permettre à l'entreprise dont la technologie a été choisie d'être en situation de position dominante voire même de monopole. Cet aspect avait d'ailleurs inquiété la Commission européenne qui avait ainsi envoyé une lettre ouverte à ETSI en février 1994 en soutenant qu'« une fois qu'une technologie essentielle est intégrée (...) dans une norme (...), le propriétaire des droits de propriété intellectuelle liés à cette technologie occupe une position dominante dans la plupart des situations, si ce n'est dans toutes celles-ci, vis-à-vis des fabricants ayant besoin d'obtenir une licence sur ce

droit de propriété intellectuelle ». Une entreprise détenant un brevet sur une technologie peut ainsi potentiellement acquérir une position dominante au moment où sa technologie qu'elle a déclaré comme étant « essentielle » est retenue par ETSI en tant que partie de la norme devant être adoptée par tous ses concurrents. En effet, le pendant nécessaire du choix d'une technologie est évidemment l'évincement des technologies en concurrence pour faire partie de la norme. Toutes les entreprises d'équipements de télécommunications qui souhaitent fabriquer des produits compatibles avec la norme arrêtée par ETSI et qui, pour la plupart, ne détiennent pas les brevets nécessaires à la technologie « essentielle » vont devoir obtenir des licences. Dans la plupart des cas, elles doivent réaliser des investissements importants dès l'adoption de la norme et plusieurs années avant la mise sur le marché des infrastructures et des équipements avant même d'avoir négocié la redevance pour la licence des brevets. Les licenciés des brevets auront ainsi tendance à se soumettre aux conditions imposées par les détenteurs des brevets « essentiels » même si ces derniers n'acceptent de leur accorder une licence qu'à un prix très élevé. C'est cette situation que l'on peut qualifier de « *hold-up* » de la part du titulaire du brevet. Dans l'affaire *Nokia/Qualcomm*, Nokia considérait que Qualcomm détenait une position dominante sur le marché des technologies CDMA et W-CDMA pour plusieurs raisons. Tout d'abord, Qualcomm détenait les brevets « essentiels » pour la technologie W-CDMA qui devait être intégrée dans la norme 3G amenée à représenter la nouvelle génération de technologie mobile européenne. Cette norme constituait une barrière à l'entrée de nouvelles technologies. En outre, elle détenait aussi la technologie CDMA, l'ancêtre de la W-CDMA. Il apparaissait aussi que Qualcomm était incontournable, étant un partenaire commercial indispensable pour les fournisseurs de puces, de combinés téléphoniques et d'infrastructures utilisant la norme 3G. Enfin, Qualcomm détenait un grand nombre de brevets pertinents dont seulement une partie avait été déclarés « essentiels » et se trouvait ainsi en position privilégiée face à des entreprises souhaitant obtenir des licences, non seulement pour les brevets « essentiels » mais aussi pour d'autres brevets pertinents.

12. Il faut tout de même remarquer que la détention d'une technologie « essentielle » pour une norme n'équivaut pas à une position dominante *de facto*. Comme le rappellent les lignes directrices horizontales, il faut en effet procéder à une analyse au cas par cas ; il n'y a pas de présomption de pouvoir marché (§269). En effet, l'entreprise en question subit des pressions concurrentielles aussi bien sur le marché amont entre les différentes normes que sur le marché aval entre des produits substituables et concurrents se conformant à différentes normes. En outre, le détenteur d'une technologie « essentielle » est dépendant d'ETSI en ce qui concerne l'évolution de la norme. En effet, au moment de faire évoluer la norme (par exemple de la 3G à la 4G), il est possible qu'ETSI et ses membres cherchent à remplacer une technologie d'une entreprise considérée comme « essentielle » pour la norme actuelle par une technologie équivalente d'une autre entreprise pour la nouvelle norme, afin, en quelque sorte, de « punir » l'entreprise n'ayant pas attribué des licences à des conditions FRAND pour la norme actuelle. Il y a ainsi un risque que la position dominante, si elle existe, soit « retirée » à l'entreprise. Enfin, en matière de télécommunications nous sommes très souvent en présence d'un système de « licences croisées » : un détenteur d'un brevet essentiel pour un aspect de la norme devra accorder des licences FRAND à d'autres entreprises qui, elles, détiennent des brevets essentiels sur d'autres aspects de la même norme. Le détenteur d'un brevet « essentiel » sera obligé, en pratique, de prendre en compte cet aspect et ne

sera donc pas nécessairement en position dominante ou, du moins, en situation d'en abuser.

13. Voyons maintenant dans quels scénarios une entreprise membre d'ETSI et détenant une position dominante serait considérée comme ayant abusé de cette position. On peut tout d'abord se poser la question de savoir si le non-respect des conditions FRAND constitue un abus de position dominante ou simplement un indice de cet abus. Les règles ETSI évoquent le principe FRAND en demandant au propriétaire d'un droit de propriété intellectuelle « essentiel » pour le respect d'une norme de prendre l'engagement d'accorder des licences à des conditions FRAND (article 6.1 de la politique de propriété intellectuelle d'ETSI). Il est utile de relever quelles étaient les pratiques abusives reprochées à Qualcomm par Nokia. La liste est longue : conditions de redevances discriminatoires, ventes liées (licences attribuées à des conditions plus favorables pour les entreprises qui achetaient également des puces fabriquées par Qualcomm), licence sur les brevets « essentiels » aux technologies CDMA et W-CDMA à prix unique même lorsque le cocontractant souhaitait seulement obtenir l'une des licences (avec pour conséquence un prix plus élevé pour la licence W-CDMA uniquement grâce à la position dominante sur le marché CDMA), montant excessif des redevances etc. Entre autres, Nokia reprochait à Qualcomm le non-respect du principe FRAND. Or, le non-respect des conditions FRAND équivaut-il à une violation de l'article 102 du Traité ou va-t-il au-delà ? En effet, l'article 102 du Traité interdit le fait d'exploiter de façon abusive une position dominante. Or, ne pas imposer des licences à des conditions FRAND n'est pas forcément équivalent à l'exploitation abusive d'une position dominante. Ainsi, l'obligation de respecter les conditions FRAND va peut être au-delà des exigences de l'article 102. Par conséquent, si tel est le cas, la violation des principes FRAND n'est pas nécessairement équivalente à une violation de l'article 102 du Traité et donc à un abus de position dominante.

14. Quel que soit l'impact d'une violation des conditions FRAND sur la qualification d'un comportement en tant qu'abus de position dominante, il se pose en outre la question de savoir ce que renferme le principe FRAND, question à laquelle il n'est pas aisé de répondre. Or, la difficile détermination des conditions FRAND entraîne, *de facto*, une difficile détermination de l'éventuel abus d'une éventuelle position dominante. En effet, deux conceptions de la notion coexistent en fonction de la position de l'entreprise sur le marché. On oppose les notions de « *strong* FRAND » et de « *weak* FRAND ». Nokia soutenait, sur la base du droit français seul applicable dans le cadre d'ETSI, la première conception. D'après elle, la déclaration d'essentialité équivaut à une offre. L'entreprise détenant la technologie qu'elle déclare comme étant « essentielle » aurait donc l'obligation d'accorder des licences aux autres membres d'ETSI, à des conditions FRAND, à partir de l'acceptation de ladite offre qui peut être implicite en résultant de l'usage de la technologie. Au contraire, Qualcomm était probablement en faveur de « *weak* FRAND », conception selon laquelle la déclaration d'essentialité équivaut uniquement à accepter de négocier de bonne foi avec toute entreprise souhaitant obtenir une licence. Logiquement, les « purs innovateurs » tels que Qualcomm seront partisans de « *weak* FRAND » car les redevances des licences accordées sont leur seule source de revenus, tandis que les fabricants d'infrastructures et d'équipements comme Nokia, seront partisans de « *strong* FRAND » car les redevances représentent un coût significatif.

15. Au-delà des obligations qui découlent du principe « FRAND » on peut aussi se poser la question de la détermination d'un prix FRAND. Plusieurs propositions peuvent être émises. Un prix FRAND pourrait, par exemple, être égal à celui qui aurait été pratiqué avant que le brevet ne soit déclaré « essentiel ». Il pourrait aussi être prix issu de négociations *ex ante*, c'est-à-dire avant le choix de la norme et avant que le détenteur du brevet « essentiel » n'ait acquis une position dominante potentielle ; ou encore le prix issu des forces du marché, c'est-à-dire en fonction de l'offre et de la demande. Une proposition avait été discutée au sein d'ETSI en 2006 avant d'être abandonnée. Il s'agissait de plafonner la somme totale des redevances à payer pour tous les brevets « essentiels » à une norme avant que celle-ci ne soit adoptée. Des doutes avaient été émis par la Commission européenne sur cette proposition en raison du risque qu'elle empêche la concurrence par les prix et qu'elle limite l'innovation. Enfin, les lignes directrices horizontales que nous avons déjà évoquées indiquent que les redevances respecteront les conditions FRAND s'il existe un lien raisonnable entre le prix et la valeur économique des brevets.

16. La Cour de justice a rendu une jurisprudence abondante sur la question de l'abus. Dans l'affaire *IMS Health* (affaire C-418/01, 2004), la Cour considère qu'il y a un abus de position dominante lorsqu'une entreprise refuse d'accorder des licences d'un droit de propriété intellectuelle en échange de redevances raisonnables si trois conditions cumulatives sont réunies : le refus empêche l'émergence d'un nouveau produit pour lequel il existe une demande potentielle de consommateurs, le refus est injustifié et le refus empêche toute concurrence sur un marché secondaire. Dans l'affaire *Magill* (affaires jointes C-241/91 P et C-242/91 P, 1995) la Cour a reconnu que les entreprises peuvent se fonder sur la théorie des facilités essentielles pour démontrer un abus.

17. En conclusion, il existe donc encore de nombreuses incertitudes à propos de la problématique de la possible violation des règles de concurrence par les membres d'ETSI. Il existe certains indicateurs utiles comme les lignes directrices horizontales ou les manifestations ponctuelles de la Commission, comme l'attestation négative sous forme de lettre de confort émise en 1995. En revanche, il n'y a pas encore eu de décision formelle, notamment en raison du retrait de la plainte de Nokia contre Qualcomm. Une décision de la Commission sur le sujet serait ainsi la bienvenue, notamment pour préciser la portée du principe FRAND.

18. Je vous remercie de votre attention.