Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. MELCHIOR WATHELET
présentées le 20 novembre 2014[1]

Affaire C-170/13

Huawei Technologies Co. Ltd
contre
ZTE Corp.,
ZTE Deutschland GmbH

[demande de décision préjudicielle formée par le Landgericht Düsseldorf (Allemagne)]

«Concurrence — Article 102 TFUE — Abus de position dominante — Action en contrefaçon introduite par le détenteur d'un brevet essentiel à une norme établie par une organisation de normalisation — Engagement de délivrer aux tiers des licences à des conditions FRAND (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory terms), à savoir à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires»

I – Introduction

1. La présente demande de décision préjudicielle, déposée par le Landgericht Düsseldorf (Allemagne) au greffe de la Cour le 5 avril 2013, porte sur l'interprétation de l'article 102 TFUE.

2. Au centre de l'affaire se trouve un brevet dit «essentiel à une norme établie par une organisation de normalisation» (ci-après un «BEN») et, pour la première fois, la Cour est amenée à analyser si, et, le cas échéant, dans quelles conditions, une action en contrefaçon introduite par le détenteur d'un BEN contre une entreprise qui fabrique des produits exécutant cette norme constitue un abus de position dominante.

3. Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Huawei Technologies Co. Ltd (ci-après «Huawei»), une entreprise de dimension mondiale active dans le secteur des télécommunications, établie à Shenzhen (Chine), à ZTE Corp., établie à Shenzhen, ainsi qu'à ZTE Deutschland GmbH (ci-après «ZTE»), établie à Düsseldorf (Allemagne), lesquelles appartiennent à un groupe d'entreprises également de dimension mondiale intervenant dans le même secteur. Par son action en contrefaçon, Huawei réclame la cessation de la contrefaçon, la fourniture de données comptables, le rappel des produits ainsi que la détermination de dommages et intérêts.

1 — Langue originale: le français.

4. L'action en contrefaçon porte sur un brevet européen détenu par Huawei et enregistré sous le numéro EP 2 090 050 B 1 (ci-après le «brevet litigieux»). La République fédérale d'Allemagne est l'un des États membres contractants désignés par ce brevet, qui constitue un brevet «essentiel» à la norme [2] Long Term Evolution (LTE) établie par l'Institut européen de normalisation des télécommunications (ETSI) [3], ce qui implique que toute personne qui utilise la norme LTE a nécessairement recours à l'enseignement de ce brevet.

5. Le brevet litigieux a été notifié à l'ETSI par Huawei qui, le 4 mars 2009, s'est engagée auprès de l'ETSI à délivrer des licences aux tiers à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, généralement appelées «FRAND» (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory, ci-après les «conditions FRAND») [4].

6. À la suite de l'«échec» [5] des négociations sur la conclusion d'une licence à des conditions FRAND, Huawei a introduit devant la juridiction de renvoi une action en contrefaçon à l'encontre de ZTE afin de réclamer la cessation de la contrefaçon, la fourniture de données comptables, le rappel des produits ainsi que la fixation de dommages et intérêts. Selon ZTE, cette action en cessation constitue un abus de position dominante, dès lors qu'elle est disposée à négocier une licence.

7. Le comportement d'un détenteur d'un BEN qui s'est engagé à délivrer des licences aux tiers à des conditions FRAND a donné naissance à une pléthore de recours devant les juridictions de plusieurs États membres et de pays tiers. Ces recours multiples, basés non seulement sur le droit de la concurrence mais également sur le droit civil, ont engendré une pluralité de solutions juridiques divergentes et, par conséquent, un degré considérable d'incertitude sur la légalité de certains comportements d'un détenteur d'un BEN et d'entreprises qui, en appliquant une norme établie par une organisation européenne de normalisation, ont recours à l'enseignement d'un BEN.

8. Au vu des questions posées par la juridiction de renvoi, je limiterai les présentes conclusions au seul droit de la concurrence et, en particulier, à la question de l'abus de position dominante.

9. Cela ne signifie toutefois pas que la problématique en cause dans le litige au principal, dont les origines, à mon avis, tiennent essentiellement au manque de clarté de la notion même et du contenu des conditions FRAND, ne pourrait être adéquatement, voire mieux, résolue dans le cadre d'autres branches du droit ou par d'autres mécanismes que ceux du droit de la concurrence.

10. Il suffit à ce propos de souligner qu'un engagement d'accorder des licences à des conditions FRAND n'équivaut pas à une licence à des conditions FRAND, ni ne donne une indication quelconque des conditions FRAND qui doivent, en principe, être convenues par les parties en cause.

11. Si les conditions de licence FRAND relèvent de la seule compétence des parties et, le cas échéant, des juridictions civiles ou des tribunaux arbitraux, il me semble évident que le risque de mauvaise volonté des parties en cause ou de rupture des négociations dans ce domaine pourrait être, au moins partiellement, évité ou atténué si les organisations de normalisation établissaient des conditions

2 — En application de l'article 2 du règlement (UE) nº 1025/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, relatif à la normalisation européenne, modifiant les directives 89/686/CEE et 93/15/CEE du Conseil ainsi que les directives 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE et 2009/105/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la décision 87/95/CEE du Conseil et la décision nº 1673/2006/CE du Parlement européen et du Conseil (JO L 316, p. 12), on entend par «norme» «une spécification technique, approuvée par un organisme reconnu de normalisation, pour application répétée ou continue, dont le respect n'est pas obligatoire […]». L'un des objectifs clés de la normalisation est la possibilité la plus large possible d'appliquer la norme. Toutefois, cette possibilité peut se heurter aux droits exclusifs des titulaires de propriété intellectuelle.

3 — L'ETSI est l'une des organisations européennes de normalisation figurant à l'annexe I du règlement nº 1025/2012 et dont Huawei et ZTE sont membres. L'un des textes qui lient les membres s'intitule «Politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle», dont l'article 14 établit son caractère obligatoire pour les membres de l'ETSI et l'article 15, point 6, définit le caractère «essentiel» d'un brevet. La politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle figure à l'annexe 6 des règles de procédure de l'ETSI. Voir, également, point 24 des présentes conclusions.

4 — Voir article 6, paragraphe 1, de la politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle. Voir, également, point 23 des présentes conclusions.

5 — Voir point 27 des présentes conclusions.

minimales ou un cadre ou des «règles de bonne conduite» des négociations des conditions de licence FRAND. Sans cela, les actions en cessation mais aussi les règles sur l'abus de position dominante, qui ne devraient servir que de solutions de dernier recours, sont utilisées comme argument de négociation ou moyen de pression par le détenteur d'un BEN ou l'entreprise qui utilise la norme et a recours à l'enseignement de ce BEN.

II – Le cadre juridique

A – *La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*

12. La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la «Charte») prévoit à son article 16, intitulé «Liberté d'entreprise»:

«La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales.»

13. L'article 17 de la Charte, intitulé «Droit de propriété», énonce:

«1. Toute personne a le droit de jouir de la propriété des biens qu'elle a acquis légalement, de les utiliser, d'en disposer et de les léguer. Nul ne peut être privé de sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, dans des cas et conditions prévus par une loi et moyennant en temps utile une juste indemnité pour sa perte. L'usage des biens peut être réglementé par la loi dans la mesure nécessaire à l'intérêt général.

2. La propriété intellectuelle est protégée.»

14. L'article 47 de la Charte, intitulé «Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial», édicte:

«Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.

[…]»

15. L'article 52 de la Charte, intitulé «Portée et interprétation des droits et des principes», prévoit à son paragraphe 1:

«Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.»

B – *La directive 2004/48/CE*

16. La directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle [6], énonce à son article 9, intitulé «Mesures provisoires et conservatoires»:

«1. Les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent, à la demande du requérant:

a) rendre à l'encontre du contrevenant supposé une ordonnance de référé visant à prévenir toute atteinte imminente à un droit de propriété intellectuelle, […]

[…]»

17. Aux termes de l'article 10 de la directive 2004/48, intitulé «Mesures correctives»:

«1. Sans préjudice des éventuels dommages-intérêts dus au titulaire du droit à raison de l'atteinte et sans dédommagement d'aucune sorte, les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent ordonner à la demande de la partie demanderesse, que des mesures appropriées soient prises à l'égard des marchandises dont elles auront constaté qu'elles portent atteinte à un droit de propriété intellectuelle et, dans les cas appropriés, à l'égard des matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication de ces marchandises. Parmi ces mesures figureront notamment:

a) le rappel des circuits commerciaux;

b) la mise à l'écart définitive des circuits commerciaux; ou

c) la destruction.

[…]

3. Lors de l'examen d'une demande de mesures correctives, il sera tenu compte du fait qu'il doit y avoir proportionnalité entre la gravité de l'atteinte et les mesures correctives ordonnées, ainsi que des intérêts des tiers.»

18. L'article 11 de cette même directive, intitulé «Injonctions», dispose:

«Les États membres veillent à ce que, lorsqu'une décision judiciaire a été prise constatant une atteinte à un droit de propriété intellectuelle, les autorités judiciaires compétentes puissent rendre à l'encontre du contrevenant une injonction visant à interdire la poursuite de cette atteinte. […]»

19. Aux termes de l'article 12 de la directive 2004/48, intitulé «Mesures alternatives»:

«Les États membres peuvent prévoir que, dans des cas appropriés et à la demande de la personne passible des mesures prévues à la présente section, les autorités judiciaires compétentes peuvent ordonner le paiement à la partie lésée d'une réparation pécuniaire à la place de l'application des mesures prévues à la présente section, si cette personne a agi de manière non intentionnelle et sans négligence et si l'exécution des mesures en question entraînerait pour elle un dommage disproportionné et si le versement d'une réparation pécuniaire à la partie lésée paraît raisonnablement satisfaisant.»

6 — JO L 157, p. 45.

20. L'article 13 de la directive 2004/48, intitulé «Dommages-intérêts», prévoit:

«1. Les États membres veillent à ce que, à la demande de la partie lésée, les autorités judiciaires compétentes ordonnent au contrevenant qui s'est livré à une activité contrefaisante en le sachant ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir de verser au titulaire du droit des dommages-intérêts adaptés au préjudice que celui-ci a réellement subi du fait de l'atteinte.

Lorsqu'elles fixent les dommages-intérêts, les autorités judiciaires:

a) prennent en considération tous les aspects appropriés tels que les conséquences économiques négatives, notamment le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, dans des cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, comme le préjudice moral causé au titulaire du droit du fait de l'atteinte;

ou

b) à titre d'alternative, peuvent décider, dans des cas appropriés, de fixer un montant forfaitaire de dommages-intérêts, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question.

2. Lorsque le contrevenant s'est livré à une activité contrefaisante sans le savoir ou sans avoir de motifs raisonnables de le savoir, les États membres peuvent prévoir que les autorités judiciaires pourront ordonner le recouvrement des bénéfices ou le paiement de dommages-intérêts susceptibles d'être préétablis.»

C – *La politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle*

21. Selon l'article 3, paragraphe 1, de la politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle, l'objectif de cette organisation de normalisation est de créer des normes qui sont adaptées aux objectifs techniques du secteur européen des télécommunications et de réduire le risque pour l'ETSI, ses membres et les tiers qui appliquent les normes de l'ETSI que des investissements consacrés à la préparation, à l'adoption et à l'application de normes soient perdus en raison de la non-disponibilité de la propriété intellectuelle essentielle à l'application desdites normes. Pour ce faire, la politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle vise à réaliser un équilibre entre les besoins de normalisation aux fins de l'usage public dans le domaine des télécommunications et les droits des détenteurs de droits de propriété intellectuelle. L'article 3, paragraphe 2, de la politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle dispose que, lors de la mise en œuvre des normes, les titulaires du droit de propriété intellectuelle doivent être adéquatement et équitablement rémunérés en cas d'utilisation de leur propriété intellectuelle.

22. L'article 4, paragraphe 1, de la politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle prévoit que chacun de ses membres, en particulier pendant le processus d'élaboration d'une norme au développement de laquelle il participe, prendra les mesures nécessaires pour informer l'ETSI dans les meilleurs délais de ses droits de propriété intellectuelle essentielle à la norme. Un membre qui introduit une proposition technique relative à une norme doit ainsi informer l'ETSI de tout droit de propriété intellectuelle qu'il détient et qui pourrait s'avérer essentielle à la norme en cas d'adoption de la proposition.

23. L'article 6, paragraphe 1, de la politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle dispose que, lorsque l'ETSI est informé d'un droit de propriété intellectuelle essentielle à une norme, son directeur général invite immédiatement le titulaire dudit droit à prendre, dans un délai de trois mois, l'engagement *irrévocable* d'être disposé à accorder des licences à des conditions FRAND concernant ledit droit de propriété intellectuelle. Au cas où aucun engagement FRAND n'est souscrit, l'ETSI

examine si les travaux sur les parties concernées de la norme doivent être suspendus jusqu'à ce que l'affaire soit réglée et/ou soumettre une norme pertinente à l'approbation [7]. Si le détenteur de droits de propriété intellectuelle refuse de souscrire à un engagement FRAND conformément audit article 6, paragraphe 1, de ladite politique, l'ETSI cherche s'il existe une technologie alternative et, si tel n'est pas le cas, les travaux sur la norme en question sont arrêtés [8]. En application de l'article 14 de la politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle, une violation par l'un des membres de ce texte constitue une violation de ses obligations envers l'ETSI.

24. En application de l'article 15, paragraphe 6, de la politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle, la propriété intellectuelle est considérée comme «essentielle» notamment lorsqu'il n'est pas possible pour des raisons techniques de fabriquer des produits conformes à la norme sans enfreindre ladite propriété. Toutefois, l'ETSI ne contrôle ni la validité ni le caractère essentiel de la propriété intellectuelle dont il a été informé par l'un de ses membres.

25. La politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle ne définit pas précisément ce qu'il faut entendre par conditions de licence FRAND. C'est au titulaire et à l'utilisateur du brevet de négocier les termes et les conditions d'usage d'un BEN [9]. En outre, la politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle ne comporte pas non plus de règles ou de dispositions indiquant comment les litiges doivent être réglés dans le cas où les parties ne parviennent pas à un accord sur des conditions FRAND concrètes [10].

III – Le litige au principal et les questions préjudicielles

26. ZTE propose et commercialise en Allemagne, entre autres, des stations de base équipées d'un logiciel LTE (ci-après les «formes d'exécution litigieuses»). Selon la juridiction de renvoi, les formes d'exécution litigieuses proposées et commercialisées par ZTE sont incontestablement adaptées au logiciel LTE et fonctionnent sur la base de la norme LTE. Étant donné que le brevet litigieux détenu par Huawei est essentiel à la norme LTE, ZTE exploite automatiquement ce brevet.

27. Il ressort de la décision de renvoi que, entre le mois de novembre 2010 et la fin du mois de mars 2011, Huawei et ZTE ont discuté notamment de la contrefaçon du brevet et de la possibilité de conclure une licence. Huawei «a indiqué le montant qu'elle estimait raisonnable à titre de redevance». ZTE «plaidait en faveur d'une concession réciproque de licences». Il ressort également de la décision de renvoi que, le 30 janvier 2013, ZTE a fait une offre de contrat de licences réciproques et a proposé, mais non versé, un montant de redevance à payer à Huawei (à savoir 50 euros). En outre, la juridiction de renvoi indique que «[l]es parties n'ont pas échangé d'offre concrète relative à un contrat de licence». Le 28 avril 2011, Huawei a introduit devant la juridiction de renvoi l'action qui donne lieu à la présente procédure préjudicielle.

7 — Voir article 6, paragraphe 3, de la politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle. La procédure d'approbation d'une norme de l'ETSI varie selon le type de normes en question et est fixée par les directives de l'ETSI. À cet égard, je relève que l'ETSI établit notamment les European Standards (EN) (les normes européennes), les ETSI Standards (ES) (les normes de l'ETSI) et les ETSI Technical Specifications (TS) (les spécifications techniques de l'ETSI) dont la procédure d'approbation varie considérablement.

8 — Voir article 8 de la politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle.

9 — Selon l'article 4, paragraphe 1, du guide de l'ETSI sur la propriété intellectuelle du 19 septembre 2013 (ci-après le «guide»), les conditions spécifiques d'octroi de licences et les négociations y afférentes constituent des questions commerciales entre les entreprises. Il s'ensuit que l'ETSI n'a pas vocation à les réglementer. Contrairement à la politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle qui lie les membres de l'ETSI, le guide est purement explicatif.

10 — En effet, selon l'article 4, paragraphe 3, du guide, les membres de l'ETSI doivent s'efforcer de résoudre tout litige relatif à l'application de la politique sur la propriété intellectuelle sur une base bilatérale et à l'amiable. Selon l'article 4, paragraphe 4, du guide, les membres de l'ETSI doivent mener un processus de négociation impartial et sincère aux fins de la conclusion d'accords de licences à des conditions FRAND sur leurs droits de propriété intellectuelle.

28. ZTE s'est opposée, devant l'Office européen des brevets (OEB), à la délivrance du brevet litigieux au motif que le brevet n'aurait pas été valide. Par décision du 25 janvier 2013, l'OEB a confirmé la validité du brevet, rejetant la demande de ZTE. Un recours contre cette décision est actuellement pendant.

29. La juridiction de renvoi relève que l'exploitation par ZTE du brevet litigieux est illégale. Toutefois, elle considère qu'il serait possible d'exciper du caractère obligatoire de la licence pour rejeter l'action en cessation sur la base notamment de l'article 102 TFUE s'il pouvait être considéré que, en exerçant son action en cessation, Huawei abuse de «*la position dominante qu'elle détient incontestablement*» [11].

30. Selon la juridiction de renvoi, deux approches permettent de déterminer à partir de quel moment le titulaire d'un BEN viole l'article 102 TFUE en abusant de sa position dominante à l'égard d'un contrefacteur.

31. Premièrement, la juridiction de renvoi relève que le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne), dans son arrêt du 6 mai 2009, Norme Orange Book (KZR 39/06, ci-après l'«arrêt Orange-Book-Standard») [12], a considéré qu'un titulaire de brevet qui agit en cessation de contrefaçon alors que le défendeur peut prétendre à l'obtention d'une licence pour ce brevet n'abuse de sa position dominante que si les conditions suivantes sont remplies:

«D'une part, le défendeur doit avoir proposé de manière inconditionnelle au demandeur de conclure un contrat de licence (une telle offre ne devant pas, notamment, contenir une clause limitant la licence aux seuls cas de contrefaçon), étant entendu que le défendeur doit se sentir lié par son offre et que le demandeur est tenu de l'accepter dès lors que son refus aurait pour effet de gêner de manière inéquitable le défendeur ou de violer le principe de non-discrimination.

Si le défendeur considère que le montant de la redevance réclamé par le demandeur est abusivement élevé ou si le demandeur refuse de chiffrer la redevance, l'offre de contrat est considérée comme inconditionnelle si elle prévoit que le demandeur devra déterminer en toute équité le montant de la redevance.

D'autre part, lorsque le défendeur exploite l'objet du brevet avant l'acceptation de l'offre par le demandeur, il doit observer les obligations qui, aux fins de l'exploitation du brevet, lui incomberont au titre du futur contrat de licence. Cela implique notamment que le défendeur doit établir un décompte de ses actes d'exploitation conformément aux conditions d'un contrat non discriminatoire et qu'il doit satisfaire aux obligations de paiement qui en résultent.

Dans le cadre de l'exécution de cette obligation de paiement, le défendeur n'est pas tenu de verser directement la redevance au demandeur. Il lui est en effet loisible de confier le montant de la redevance en dépôt à un Amtsgericht [tribunal cantonal].»

11 — En langue allemande «unstreitig gegebenen marktbeherrschenden Stellung».

12 — Le raisonnement du Bundesgerichtshof est fondé sur l'article 82 CE (devenu article 102 TFUE), l'article 20, paragraphe 1, de la loi allemande contre les restrictions de concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) et l'article 242 du code civil allemand, tel qu'il a été publié le 2 janvier 2002 (BGBl. I, p. 42, 2909; 2003 I, p. 738) et modifié par l'article 4 de la loi du 26 juin 2013 (BGBl. I, p. 1805). Cette dernière disposition, intitulée «Exécution de bonne foi», dispose que «[l]e débiteur est tenu de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis en affaires».

32. Deuxièmement, la juridiction de renvoi relève que, dans un communiqué de presse [13] concernant une communication des griefs adressée à Samsung Electronics e.a. (COMP/C-3/39.939) dans une procédure en contrefaçon sur le marché des téléphones mobiles, la Commission européenne a soutenu, à titre liminaire, que l'exercice d'une action en cessation était illicite au regard de l'article 102 TFUE dès lors que l'affaire portait sur un BEN, que le titulaire du brevet avait indiqué à un organisme de normalisation sa disposition à concéder des licences à des conditions FRAND et que le contrefacteur était lui-même disposé à négocier une telle licence.

33. Toutefois, comme le relève la juridiction de renvoi, la Commission n'explique pas, dans son communiqué de presse, dans quelles conditions il est possible de considérer qu'un contrefacteur est disposé à négocier. Elle ne ferait pas non plus écho aux critères établis par le Bundesgerichtshof dans son arrêt Orange-Book-Standard.

34. La juridiction de renvoi estime que, si l'on appliquait au cas d'espèce les critères établis par le Bundesgerichtshof, ZTE ne pourrait pas valablement exciper du caractère obligatoire de la licence, si bien qu'il conviendrait de faire droit à l'action en contrefaçon. Elle estime que, dans cette hypothèse, Huawei n'était pas tenue d'accepter l'une des offres soumises par écrit par ZTE en vue de la conclusion du contrat de licence, et ce pour deux raisons relevées par la juridiction de renvoi.

35. Premièrement, les offres de contrat de ZTE devraient être considérées comme insuffisantes, en raison du fait qu'il ne s'agissait pas d'offres «inconditionnelles» au sens de la jurisprudence du Bundesgerichtshof, étant donné qu'elles étaient limitées aux seuls produits qui donnent lieu à contrefaçon.

36. Deuxièmement, indépendamment de la question de savoir si le montant de la redevance a été correctement déterminé, ZTE n'a pas versé le montant de la redevance calculé par ses soins (à savoir 50 euros), aucun élément ne venant indiquer que l'Amtsgericht aurait ordonné d'encaisser ce montant en vue de son dépôt. Par ailleurs, la juridiction de renvoi relève que ZTE n'a ni dûment ni exhaustivement rendu compte des actes d'exploitation survenus.

37. En revanche, la juridiction de renvoi considère que, si était appliquée la thèse défendue par la Commission dans le communiqué de presse, il conviendrait de rejeter l'action en cessation de Huawei comme étant abusive. Comme Huawei fonde son action sur un BEN, ZTE est obligée d'en faire usage pour pouvoir introduire sur le marché les formes d'exécution litigieuses adaptées au LTE. Ladite juridiction rappelle que Huawei a déclaré à l'ETSI qu'elle était disposée à concéder des licences aux tiers et relève que ZTE était, au moins à la date pertinente (fin des négociations orales), «disposée à négocier» au sens de la thèse de la Commission. Cette disposition à négocier se manifesterait en tout état de cause dans les offres de contrat écrites soumises par ZTE (ces offres reprenant, en partie, les propositions de Huawei). La juridiction de renvoi estime que, dans le cadre de la thèse de la Commission, la disposition à négocier n'est pas affectée par le fait que les parties ne parviennent pas à s'entendre sur le contenu de certaines clauses du contrat ni, notamment, sur le montant de la redevance à verser.

13 — Voir communiqué de presse IP/12/1448 de la Commission du 21 décembre et le mémorandum 12/1021 de la Commission du même jour (ci-après le «communiqué de presse»). Par décision du 29 avril 2014, la Commission a adopté une décision sur le fondement de l'article 9 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101 TFUE] et [102 TFUE] (JO L 1, p. 1), relative à Samsung Electronics e.a. par suite des engagements offerts par celles-ci. Cette disposition, intitulée «Engagements», prévoit, à son paragraphe 1 que, «[l]orsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. […]». Par décision du 29 avril 2014, la Commission a adopté une décision sur le fondement de l'article 7 du règlement nº 1/2003 à l'encontre de Motorola Mobility LLC (ci-après «Motorola») constatant, notamment, une infraction à l'article 102 TFUE à la suite de l'introduction par Motorola d'une action en cessation devant une juridiction allemande à l'encontre de Apple Inc. e.a. relative à un BEN pour lequel Motorola s'était engagée à accorder des licences à des conditions FRAND (affaire AT.39985).

38. Dans ce contexte, le Landgericht Düsseldorf a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Le titulaire d'un brevet essentiel à une norme, qui s'est déclaré disposé envers un organisme de normalisation à octroyer aux tiers une licence à des conditions [FRAND] abuse-t-il de sa position dominante lorsqu'il introduit une action en cessation à l'encontre d'un contrefacteur, alors que ce dernier s'est déclaré disposé à négocier une telle licence,

ou

convient-il de considérer qu'un abus de position dominante n'est constitué que si le contrefacteur a, aux fins de la conclusion du contrat de licence, soumis au titulaire du brevet une offre inconditionnelle acceptable que le titulaire ne peut pas refuser sans gêner de manière inéquitable le contrefacteur ou sans violer le principe de non-discrimination et si, par anticipation de la licence à octroyer, le contrefacteur remplit déjà les obligations contractuelles eu égard aux actes d'exploitation survenus?

2) Dans le cas où un abus de position dominante est constitué de par la simple disposition du contrefacteur à négocier:

L'article 102 TFUE prévoit-il des conditions particulières de qualité et/ou de délai pour une telle disposition à négocier? Est-il possible de considérer que le contrefacteur est disposé à négocier lorsqu'il a exprimé (par oral), dans des termes généraux seulement, sa disposition à entamer des négociations ou bien le contrefacteur doit-il déjà avoir entamé les négociations en indiquant par exemple les conditions concrètes dans lesquelles il est disposé à conclure le contrat de licence?

3) Si l'abus de position dominante est subordonné à la soumission d'une offre de contrat inconditionnelle et acceptable:

L'article 102 TFUE prévoit-il des conditions particulières de qualité et/ou de délai pour une telle offre? L'offre doit-elle contenir l'ensemble des règles généralement prévues dans les contrats de licence relevant du domaine technique en cause? En particulier, l'offre peut-elle être conditionnée à l'exploitation effective du brevet susmentionné ou bien à sa validité?

4) Si l'abus de position dominante est subordonné à l'exécution des obligations qui incombent au contrefacteur au titre de la licence à octroyer:

L'article 102 TFUE prévoit-il des conditions particulières pour les actes d'exécution du contrefacteur? Le contrefacteur est-il tenu de rendre compte des actes d'exploitation survenus et/ou de verser une redevance? Le cas échéant, le contrefacteur peut-il satisfaire à l'obligation de verser une redevance au moyen de la constitution d'une sûreté?

5) Les conditions dans lesquelles le titulaire d'un brevet essentiel à une norme est réputé avoir abusé de sa position dominante s'appliquent-elles également lorsque le titulaire fait valoir en justice d'autres droits au titre de la contrefaçon (fourniture de données comptables, rappel des produits, dommages et intérêts)?»

IV – La procédure devant la Cour

39. Des observations écrites ont été présentées par Huawei, ZTE, les gouvernements néerlandais et portugais ainsi que par la Commission. Huawei, ZTE, les gouvernements néerlandais et finlandais ainsi que la Commission ont formulé des observations orales lors de l'audience qui s'est tenue le 11 septembre 2014.

V – Analyse

A – *Observations liminaires*

40. La Cour est appelée à préciser si, et le cas échéant dans quelles conditions, une action en contrefaçon introduite par le détenteur d'un BEN qui s'est engagé à accorder des licences à des conditions FRAND constitue un abus de position dominante. Les questions posées par la juridiction de renvoi ne portent pas sur les conditions spécifiques d'une licence FRAND, ce qui relève de la compétence des parties et le cas échéant, des juridictions civiles et des tribunaux arbitraux, mais visent plutôt à déterminer, au regard du droit de la concurrence, le cadre dans lequel les licences à des conditions FRAND d'un BEN doivent être négociées.

41. Selon la juridiction de renvoi, le titulaire d'un BEN se trouve en position de force lors de la négociation des licences du fait de son droit d'introduire une action en cessation. Par conséquent, il conviendrait de veiller à ce que le titulaire d'un BEN ne puisse imposer, par exemple, des redevances excessives en violation de son engagement d'octroyer des licences à des conditions FRAND, comportement qui a été qualifié de «patent hold-up» [14].

42. Cependant, la juridiction de renvoi relève aussi qu'une limitation du droit d'introduire une action en cessation réduit considérablement la marge de négociation du titulaire du BEN, étant donné qu'il pourrait ne pas disposer de moyens de pression suffisants pour mener ces négociations sur un pied d'égalité avec le contrefacteur. Elle ajoute que, le titulaire du BEN doit tolérer l'exploitation illégale de son brevet, indépendamment de la question de savoir si et quand un contrat de licence sera effectivement conclu et que ce n'est qu'a posteriori, à une date imprévisible, qu'il pourra obtenir des dommages et intérêts dont l'applicabilité et le montant sont incertains, et ce même si les négociations relatives à la licence se prolongent pour des motifs qui relèvent uniquement de la responsabilité du contrefacteur. Ce comportement a été qualifié de «patent hold-out» ou de «reverse patent hold-up».

43. Par sa première question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande si le titulaire d'un BEN, qui s'est engagé envers un organisme de normalisation, en l'espèce l'ETSI, à octroyer une licence aux tiers à des conditions FRAND abuse de sa position dominante lorsqu'il introduit une action en cessation à l'encontre d'un contrefacteur, alors même que ce dernier était «disposé à négocier» une telle licence.

44. Dans le cadre de cette même question, la juridiction de renvoi envisage une seconde hypothèse selon laquelle il n'y aurait un abus de position dominante que si le contrefacteur avait soumis au titulaire du BEN une offre inconditionnelle acceptable que le titulaire ne pourrait refuser sans gêner de manière inéquitable le contrefacteur ou sans violer le principe de non-discrimination et si, par anticipation de la licence, le contrefacteur remplissait déjà les obligations contractuelles eu égard aux actes d'exploitation survenus.

45. À mon avis, pour donner une réponse utile et complète à la première question de la juridiction de renvoi, il convient d'examiner conjointement les deux hypothèses qu'elle évoque.

14 — Selon la Commission, «[u]n hold-up est aggravé lorsqu'un grand nombre de BEN, qui couvrent plusieurs normes, sont mis en œuvre dans un seul produit. Dans un tel scénario, le nombre de donneurs potentiels de licence peut conduire à ce que les paiements cumulés de redevances aux différents titulaires des BEN deviennent excessifs. Ce phénomène est appelé 'royalty stacking'».

46. Les deuxième à quatrième questions préjudicielles portent, respectivement, sur les modalités de la disposition du contrefacteur à négocier ainsi que sur les modalités de son offre et de l'exécution des obligations qui lui incombent au titre de la licence à octroyer. Une réponse à ces questions dépend largement de celle apportée à la première question. La cinquième question porte sur les recours autres que l'action en cessation dont dispose le titulaire d'un BEN pour protéger sa propriété intellectuelle. Étant donné que les questions posées par la juridiction de renvoi concernent principalement la légalité de l'action en cessation, je vais concentrer mes conclusions sur cette action.

B – *La jurisprudence Orange-Book-Standard du Bundesgerichtshof et le communiqué de presse de la Commission dans l'affaire Samsung Electronics e.a.*

47. Il est évident que les questions posées par la juridiction de renvoi ont été largement inspirées par l'arrêt Orange-Book-Standard du Bundesgerichtshof et le communiqué de presse de la Commission dans l'affaire Samsung Electronics e.a.

48. S'agissant de cet arrêt, il convient de relever des divergences factuelles importantes entre cette affaire et l'affaire au principal. Le brevet litigieux constitue un brevet essentiel à la norme LTE qui résulte d'un accord conclu entre les entreprises (dont Huawei et ZTE) participant au processus de normalisation au sein de l'ETSI, tandis que la norme en cause dans l'affaire Orange-Book-Standard du Bundesgerichtshof était une norme de facto [15]. Il s'ensuit que, dans ladite affaire, il n'y avait aucun engagement de la part du détenteur du brevet en cause à accorder des licences à des conditions FRAND. Il est normal que, dans ce cas, le pouvoir de négociation accordé au titulaire du brevet soit plus large que dans le cas d'un BEN dont le titulaire est un membre d'une organisation européenne de normalisation tel le demandeur d'une licence et qu'une action en cessation de sa part ne soit finalement considérée comme abusive que si la redevance qu'il exige est clairement excessive.

49. Au vu de cette divergence factuelle importante avec l'affaire au principal, je considère que ledit arrêt n'est pas transposable par analogie dans cette affaire.

50. Si, en revanche, le communiqué de presse dans l'affaire Samsung Electronics e.a. concerne bien un BEN dont le titulaire a indiqué, à une organisation de normalisation, son engagement à concéder des licences à des conditions FRAND, il me semble qu'une simple disposition du contrefacteur à négocier [16] de nature extrêmement vague et non contraignante ne saurait en aucun cas suffire [17] pour limiter le droit du titulaire du BEN d'introduire une action [18] en cessation.

15 — Une norme de facto est une spécification reconnue sur le marché, habituellement à la suite de l'acceptation largement répandue de cette spécification. Voir, en ce sens, article 1er, paragraphe 2, de l'avis du Comité économique et social européen sur la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur la «Normalisation et la société globale de l'information: l'approche européenne» [COM(1996) 359 final].

16 — Exprimée oralement, voire par écrit.

17 — Le communiqué de presse, qui ne comporte que quelques pages, n'a aucune valeur juridique. Il ne lie pas la Commission et ne préjuge pas de la procédure à laquelle elle se réfère. Son objectif est uniquement d'informer le public de l'ouverture à l'encontre de Samsung Electronics e.a. d'une procédure en application du règlement nº 1/2003. De surcroît, il est clair, notamment au vu même des observations de la Commission en l'espèce qui sont beaucoup plus détaillées, que la Commission elle-même considère que des exigences beaucoup plus importantes doivent être imposées au contrefacteur.

18 — Comme la juridiction de renvoi l'a relevé, «[u]ne telle déclaration peut être formulée très facilement et de manière peu contraignante, étant entendu qu'elle peut être modifiée, révoquée et, le cas échéant, renouvelée à tout moment. Par ailleurs, une telle déclaration ne fait mention d'aucune condition précise, alors qu'il est nécessaire de connaître les conditions de licence pour déterminer si celles-ci sont équitables, raisonnables et non discriminatoires. Même lorsqu'une déclaration mentionne des conditions de licence concrètes, on peut douter de leur caractère sérieux. En effet, le contrefacteur peut modifier ou révoquer ces conditions à tout moment ou proposer des conditions déraisonnables à première vue».

51. Je considère qu'il résulterait de l'application pure et simple au cas d'espèce de la jurisprudence Orange-Book-Standard du Bundesgerichtshof ou du communiqué de presse des situations de sur-protection ou de sous-protection, respectivement, du titulaire d'un BEN, des utilisateurs de l'enseignement des brevets ou des consommateurs [19].

52. Il apparaît donc nécessaire de trouver une voie intermédiaire.

C – *La présomption de l'existence d'une position dominante*

53. Il convient de relever, comme le souligne la Commission, que la juridiction de renvoi part de l'hypothèse que Huawei détient une position dominante [20] et n'a interrogé la Cour ni sur les critères de détermination du marché pertinent [21] ni sur la constatation d'une position dominante [22].

54. Le gouvernement portugais et la Commission ont limité leurs observations à l'éventuel abus de position dominante de la part du détenteur d'un BEN, tandis que Huawei [23], ZTE [24] et le gouvernement néerlandais n'ont que très peu abordé la question de l'existence d'une position dominante dans leurs observations.

55. Selon une jurisprudence constante, la Cour ne peut se prononcer sur l'interprétation ou la validité d'un texte de l'Union qu'à partir des faits qui lui sont indiqués par la juridiction nationale. Par ailleurs, une modification de la substance des questions préjudicielles serait incompatible avec le rôle dévolu à la Cour par l'article 267 TFUE ainsi qu'avec son obligation d'assurer, conformément à l'article 23 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne, la possibilité aux gouvernements des États membres et aux parties intéressées de présenter des observations compte tenu du fait que, en vertu de cette disposition, seules les décisions de renvoi sont notifiées aux parties intéressées [25].

56. En l'espèce, la juridiction de renvoi n'ayant admis ni la nécessité ni la pertinence d'une question portant sur l'existence d'une position dominante, la Cour ne saurait se livrer à une telle analyse.

19 — Comme l'a relevé ZTE dans ses observations, si l'on se base uniquement sur la simple «disposition à négocier» du contrefacteur présumé, l'on aboutirait à la formation de prix nettement inférieurs à la valeur économique du BEN. Si, par contre, l'on se fonde sur la jurisprudence Orange-Book-Standard du Bundesgerichtshof, l'on serait confronté au problème inverse, en ce sens que des redevances de licence très élevées (sans l'être au point de constituer un refus de contracter en violation de l'article 102 TFUE) seraient imposées.

20 — Dans la décision de renvoi, la juridiction de renvoi expose que Huawei détient «incontestablement» une position dominante, sans autre explication ou précision en rapport avec ce constat.

21 — Il est de jurisprudence constante que la délimitation du marché en cause est d'une importance essentielle pour l'appréciation de la position dominante. Voir arrêt Europemballage et Continental Can/Commission (6/72, EU:C:1973:22, point 32).

22 — Voir arrêts United Brands et United Brands Continentaal/Commission (27/76, EU:C:1978:22, points 65 et 66); Hoffmann-La Roche/Commission (85/76, EU:C:1979:36, points 38 et 39), ainsi que, plus récemment, AstraZeneca/Commission (C-457/10 P, EU:C:2012:770, point 175), qui définissent une position dominante comme «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 consommateurs».

23 — Selon Huawei, les BEN confèrent à leur titulaire la clé permettant d'accéder à l'utilisation de la technologie qui est à l'origine de la norme, l'utilisation de ces brevets étant, par définition, incontournable. Elle estime que les titulaires de BEN peuvent donc ainsi contrôler, en principe, l'accès à l'utilisation de la norme. Huawei relève qu'il n'en résulte cependant pas nécessairement une position dominante, en particulier lorsque le marché concerné inclut des produits qui ne font pas usage d'une norme ou qui recourent à des normes concurrentes. Selon Huawei, les utilisateurs de la norme qui disposent eux-mêmes des BEN peuvent aussi retirer de ces brevets un certain contre-pouvoir. Elle estime que cela peut donc relativiser, dans certaines circonstances, la position du titulaire du BEN sur le marché au point de lui retirer sa nature dominante.

24 — Selon ZTE, le champ de la protection d'un BEN couvre une configuration de produits dont l'utilisation est nécessairement prévue dans la norme, de sorte que tout produit compatible avec la norme viole nécessairement le brevet. Elle estime que dès lors que les produits incompatibles avec la norme ne sont pas demandés, le BEN confère à son titulaire le pouvoir juridique de décider de l'entrée et du maintien des opérateurs sur le marché. En outre, selon elle, un BEN confère à son titulaire une position dominante sur les marchés de services en aval. ZTE estime, également, que, dans la mesure où l'on détermine pour chaque BEN un marché spécifique de technologies ou de licences, le titulaire d'un (premier) brevet essentiel à une norme est en situation de monopole et, par conséquent, en position dominante sur le marché. Selon ZTE, «même dans l'hypothèse d'un marché global couvrant tous les brevets essentiels à une norme, on observe une situation de position dominante sur le marché».

25 — Voir arrêt Hochtief et Linde-Kca-Dresden (C-138/08, EU:C:2009:627, point 22 et jurisprudence citée).

57. Toutefois, il convient de relever que, dans sa décision de renvoi, la juridiction de renvoi n'a pas précisé qu'elle n'aurait constaté l'existence incontestable d'une position dominante de la part du détenteur d'un BEN dans l'affaire au principal qu'après avoir pleinement examiné toutes les circonstances et le contexte spécifique de l'espèce. Je considère, à l'instar du gouvernement néerlandais, que le fait qu'une entreprise possède un BEN n'implique pas obligatoirement qu'elle bénéficie d'une position dominante au sens de l'article 102 TFUE [26] et qu'il appartient au juge national d'examiner si telle est effectivement la situation au cas par cas [27].

58. Étant donné que la constatation de l'existence d'une position dominante impose à l'entreprise concernée une responsabilité particulière [28] de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective, cette constatation ne saurait être fondée sur des hypothèses. Si le fait que toute personne qui utilise une norme fixée par une organisation de normalisation doit obligatoirement avoir recours à l'enseignement d'un BEN, nécessitant ainsi une licence du titulaire de ce brevet, pourrait faire naître une présomption simple de l'existence d'une position dominante de la part du détenteur de ce brevet, je considère qu'il doit être possible de renverser cette présomption par des indices concrets et circonstanciés.

D – *L'abus de position dominante ou l'exploitation abusive de la dépendance technologique*

59. Il y a lieu de relever qu'une réponse aux questions posées par la juridiction de renvoi exige, à la lumière du droit de la concurrence, une mise en balance entre, d'une part, le droit de propriété intellectuelle et le droit au juge du détenteur d'un BEN (Huawei) et, d'autre part, la liberté d'entreprise dont bénéficient, en vertu de l'article 16 de la Charte, les opérateurs économiques, tels que les entreprises qui mettent en œuvre la norme LTE (ZTE). En effet, l'adoption d'une injonction visée par une action en cessation restreint considérablement cette liberté [29] et est, par conséquent, susceptible de fausser la concurrence [30].

26 — Au point 186 de l'arrêt AstraZeneca/Commission (EU:C:2012:770), la Cour a dit pour droit que, «si la seule possession de droits de propriété intellectuelle ne saurait être considérée comme conférant une telle position, celle-ci est néanmoins susceptible, dans certaines circonstances, de créer une position dominante, notamment en donnant à l'entreprise la possibilité de faire obstacle à l'existence d'une concurrence effective sur le marché».

27 — La Commission affirme dans ses lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale (JO 2011, C 11, p. 1, point 269) que, «même si l'élaboration d'une norme peut créer un pouvoir de marché ou accroître le pouvoir de marché des titulaires de [droits de propriété intellectuelle essentielle] à cette norme, rien ne laisse supposer que la détention ou l'exercice de [droits de propriété intellectuelle essentielle] à une norme équivaut à détenir ou à exercer un pouvoir de marché. La question du pouvoir de marché ne peut être examinée qu'au cas par cas».

28 — Je rappelle que la détention d'une position dominante n'est pas en soi interdite par l'article 102 TFUE. Voir arrêts Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission (322/81, EU:C:1983:313, point 57) et Post Danmark (C-209/10, EU:C:2012:172, points 21 à 23).

29 — Voir, par analogie, arrêt UPC Telekabel Wien (C-314/12, EU:C:2014:192, points 47 et 48). En application de l'article 11 de la directive 2004/48, les États membres sont obligés de prévoir l'adoption par leurs juridictions nationales d'injonctions visant à interdire la poursuite d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle constatée par une décision judiciaire. Voir, également, article 9 de cette directive sur les mesures provisoires et conservatoires. La fabrication et la commercialisation de produits et de services conformes à une norme qui enfreignent les droits exclusifs du titulaire d'un BEN seront interdites à la suite de l'adoption d'une injonction. L'action en cessation constitue, par conséquent, un recours très puissant, puisque l'octroi d'une injonction pour contrefaçon d'un BEN entraîne l'exclusion des produits et des services du contrefacteur de ce brevet des marchés couverts par la norme. Je relève, également, que même la menace de l'introduction d'une action en cessation peut modifier le cours des négociations des licences et aboutir à des conditions de licence qui ne sont pas des conditions FRAND. À mon avis, ces considérations s'appliquent mutatis mutandis aux mesures correctives prévues à l'article 10 de la directive 2004/48.

30 — Le marché intérieur, tel qu'il est défini à l'article 3 TUE, constitue l'un des objectifs principaux de l'Union et comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée. Voir protocole (n° 27) sur le marché intérieur et la concurrence, annexé aux traités UE et FUE.

1. Le droit de la propriété intellectuelle

60. Il ressort du dossier soumis à la Cour que, malgré son engagement auprès de l'ETSI de délivrer aux tiers des licences à des conditions FRAND, Huawei n'a pas renoncé à son droit d'introduire des actions en cessation contre des personnes qui exploiteraient l'enseignement du brevet litigieux sans son autorisation. En revanche, il résulte sans équivoque de cet engagement que Huawei accepte [31] de rentabiliser le brevet litigieux non seulement en l'exploitant seule, mais aussi en concédant des licences. En outre, Huawei accepte qu'une redevance fixée à des conditions FRAND constitue une compensation adéquate et équitable pour l'exploitation par d'autres dudit brevet.

61. À l'instar des observations de Huawei, de ZTE, des gouvernements néerlandais et portugais ainsi que de la Commission, je considère que, en application d'une jurisprudence constante, l'exercice d'un droit exclusif lié à un droit de propriété intellectuelle, à savoir, en l'espèce, le droit d'introduire une action en cessation en cas de contrefaçon, ne peut constituer en lui-même un abus de position dominante [32]. En effet, ce droit est pour le titulaire d'un brevet le moyen essentiel [33] de faire valoir sa propriété intellectuelle dont la protection est spécifiquement reconnue par l'article 17, paragraphe 2, de la Charte [34].

62. Il s'ensuit que toute restriction au droit d'introduire ces actions constitue nécessairement une limitation importante de la propriété intellectuelle et ne peut donc être admise que dans des circonstances exceptionnelles et précisément circonscrites.

63. Toutefois, le droit de la propriété intellectuelle n'est pas un droit absolu. Ainsi, sans parler de l'abus de droit, le considérant 12 de la directive 2004/48 précise que «[l]a présente directive ne devrait pas avoir d'incidence sur l'application des règles de concurrence, en particulier les articles [101 TFUE] et [102 TFUE]. Les mesures prévues par la présente directive ne devraient pas être utilisées pour restreindre indûment la concurrence d'une manière qui soit contraire au traité». Il s'ensuit que le droit d'introduire des actions en cessation afin de protéger la propriété intellectuelle n'est pas un droit absolu et intangible et doit se concilier dans l'intérêt général, avec les règles de concurrence prévues notamment par les articles 101 TFUE et 102 TFUE [35]. L'article 12 de cette directive prévoit, par exemple, que le paiement au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle d'une réparation pécuniaire à la place de l'imposition d'une injonction peut être ordonné par les autorités judiciaires compétentes à la demande de la personne passible de cette injonction dans certaines circonstances. Par conséquent, des limitations au droit d'introduire des actions en cessation et la substitution de ce droit par une réparation pécuniaire sont clairement envisagées par ladite directive [36].

31 — Comme l'a relevé la Commission dans ses observations.

32 — Voir, par analogie, arrêts Volvo (238/87, EU:C:1988:477, point 8); RTE et ITP/Commission (C-241/91 P et C-242/91 P, EU:C:1995:98, point 33), ainsi que IMS Health (C-418/01, EU:C:2004:257, point 34).

33 — Selon une jurisprudence constante, l'objet essentiel d'un brevet est d'assurer au titulaire, afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur, le droit exclusif d'utiliser une invention en vue de la fabrication et de la commercialisation de produits industriels, soit directement, soit par l'octroi de licences à des tiers, ainsi que *le droit de s'opposer à toute contrefaçon* (voir arrêts Centrafarm et de Peijper, 15/74, EU:C:1974:114, point 9, ainsi que Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 107).

34 — Cette possibilité constitue également une mesure de prévention générale car elle décourage la contrefaçon.

35 — Voir, par analogie, point 105 des conclusions de l'avocat général Cosmas dans l'affaire Masterfoods et HB (C-344/98, EU:C:2000:249), dans lequel ce dernier indique que «[n]ous ne contestons pas que les articles [101 TFUE] et [102 TFUE] occupent une place importante dans l'économie de l'ordre juridique communautaire et servent l'intérêt public consistant à assurer une concurrence non faussée. Par conséquent, il est tout à fait compréhensible que le droit de propriété soit soumis à des restrictions en vertu des articles [101 TFUE] et [102 TFUE], dans la mesure où elles sont nécessaires pour sauvegarder la concurrence».

36 — Voir, aussi, article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48 qui prévoit que «[l]es mesures, procédures et réparations doivent également être effectives, proportionnées et dissuasives et être appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif». La notion d'usage abusif n'est pas définie par la directive 2004/48. Je considère, toutefois, que cette notion englobe nécessairement, mais pas uniquement, des violations des articles 101 TFUE et 102 TFUE. Voir, également, article 8, paragraphe 2, de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) qui dispose que «[d]es mesures appropriées, à condition qu'elles soient compatibles avec les dispositions du présent accord, pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie».

64. En outre, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut lui-même limiter la manière dont il va l'exercer.

65. À cet égard, j'estime que l'engagement de Huawei dans l'affaire au principal de délivrer aux tiers des licences à des conditions FRAND s'apparente partiellement à une «licence de droit» [37]. Contrairement aux licences obligatoires qui sont imposées par la loi [38], le titulaire d'un brevet peut de son propre chef autoriser le recours par des tiers à l'enseignement de son brevet sous certaines conditions. Je relève que, en cas de licence de droit, le licencié d'un brevet ne peut, en principe, se voir opposer une injonction [39].

2. Le droit au juge

66. Le droit au juge et la possibilité de faire valoir ses droits devant un tribunal sont reconnus par l'article 47 de la Charte. Au point 51 de l'arrêt ZZ (C-300/11, EU:C:2013:363), la Cour a cependant dit pour droit que l'article 52, paragraphe 1, de la Charte admettait des limitations à l'exercice des droits consacrés par l'article 47 de celle-ci en soulignant que, au vu de l'importance du droit fondamental garanti par l'article 47 de la Charte, il convenait de prendre en considération que l'article 52, paragraphe 1, de la Charte exige que toute limitation [40] doit notamment respecter le contenu essentiel du droit fondamental en cause et requiert, en outre, que, dans le respect du principe de proportionnalité, elle soit nécessaire et réponde effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union [41].

67. Or, malgré le fait que la Charte ne crée pas une hiérarchie entre les droits fondamentaux qu'elle reconnaît, à l'exception de la dignité humaine qui est inviolable [42] sans dérogation, l'introduction d'une action en cessation ne peut constituer un abus de position dominante que dans des circonstances exceptionnelles, au vu de l'importance du droit au juge.

3. La liberté d'entreprise et la concurrence non faussée

68. Il résulte d'une jurisprudence constante que la notion d'exploitation abusive d'une position dominante est objective et vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence [43].

37 — Voir, par analogie, règlement (UE) nº 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 (JO L 361, p. 1), dont l'article 8, intitulé «Licences de droit», prévoit:
«1. Le titulaire d'un brevet européen à effet unitaire peut déposer une déclaration devant l'[OEB] selon laquelle il est prêt à autoriser quiconque à utiliser l'invention, en tant que licencié, contre paiement d'une compensation adéquate.
2. Une licence délivrée en vertu du présent règlement est assimilée à une licence contractuelle.»
Voir, également, article 23 de la loi allemande relative aux brevets (Patentgesetz) et la section 46 de la loi du Royaume-Uni de 1977 relative aux brevets (UK Patent Act 1977).

38 — Voir, par exemple, article 24 de ladite loi relative aux brevets.

39 — Voir, en ce sens, arrêt Allen & Hanburys (434/85, EU:C:1988:109, point 4) qui explique la portée de la section 46 de la loi du Royaume-Uni de 1977 relative aux brevets.

40 — Je relève, également, que les règles procédurales de chaque État membre encadrent le droit au juge. Il suffit de penser aux règles sur les délais pour l'introduction des recours (règles de forclusion), aux règles sur l'intérêt à agir (locus standi) et aux règles sur les requérants vexatoires.

41 — L'article 52, paragraphe 1, de la Charte s'applique également à la propriété intellectuelle dont la protection est reconnue par son article 17, paragraphe 2. Voir, par analogie, arrêt Hauer (44/79, EU:C:1979:290, points 17 à 30).

42 — Voir article 1er de la Charte.

43 — Arrêt AstraZeneca/Commission (EU:C:2012:770, point 74 et jurisprudence citée).

69. Huawei, ZTE, les gouvernements néerlandais et portugais ainsi que la Commission estiment que la constatation d'un abus de position dominante, à la suite de l'introduction d'une action en cessation, suppose, en application d'une jurisprudence constante, qu'existent des «circonstances exceptionnelles» [44]. Je relève qu'«[i]l ressort de cette jurisprudence que, pour que le refus d'un titulaire d'un droit de propriété intellectuelle d'accorder une licence pour l'exploitation de cette propriété qui est indispensable pour exercer une activité déterminée puisse être qualifié d'abusif, il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé» [45].

70. Il est vrai, comme le relève Huawei que cette jurisprudence repose sur des situations de fait qui ne sont pas directement comparables à celles de l'affaire au principal. Il est clair que, comme dans les affaires qui ont donné lieu à cette jurisprudence, une licence du brevet litigieux est indispensable pour la production des produits et des services conformes à la norme LTE. Cependant, à la différence de ces affaires qui portent sur des refus d'accorder des licences d'utilisation de droits de propriété intellectuelle, Huawei a notifié [46] le brevet litigieux auprès de l'ETSI et s'est engagée volontairement à accorder aux tiers des licences pour ce brevet à des conditions FRAND, ce qui, à première vue, ne peut être assimilé à un refus, tel que ceux envisagés dans la jurisprudence citée à la note 44 des présentes conclusions. Par conséquent, cette jurisprudence n'est que partiellement applicable dans l'affaire au principal où tout va dépendre de la manière dont Huawei a respecté son engagement auprès de l'ETSI d'accorder à des conditions FRAND des licences relatives au brevet litigieux.

71. À cet égard, je relève que la notification par Huawei de ce brevet à l'ETSI et son engagement ont influencé le déroulement de la procédure de normalisation et le contenu même de la norme LTE [47]. En effet, l'incorporation de l'enseignement du brevet litigieux à la norme LTE et la nature indispensable d'une licence qui en découle créent une relation de dépendance entre le titulaire d'un BEN et les entreprises qui produisent des produits et des services conformes à cette norme. Cette dépendance d'ordre technologique entraîne une dépendance économique.

72. Au point 9 de son arrêt Volvo (EU:C:1988:477), la Cour a dit pour droit que «l'exercice du droit exclusif par le titulaire d'un modèle relatif à des éléments de carrosserie de voitures automobiles peut être interdit par l'article [102 TFUE] s'il donne lieu, de la part d'une entreprise en position dominante, à certains comportements abusifs, tels que le refus arbitraire de livrer des pièces de rechange à des réparateurs indépendants, la fixation des prix des pièces de rechange à un niveau inéquitable ou la décision de ne plus produire de pièces de rechange pour un certain modèle, alors que beaucoup de voitures de ce modèle circulent encore, à condition que ces comportements soient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres».

73. Je suis d'avis que les indices donnés par la Cour dans cet arrêt sur les comportements propres à constituer des abus de position dominante sont caractérisés, d'une part, par une relation de dépendance entre le titulaire d'une propriété intellectuelle en position dominante et d'autres entreprises et, d'autre part, par l'exploitation abusive de cette position par ce titulaire au travers de moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale [48].

44 — Arrêts RTE et ITP/Commission (EU:C:1995:98, points 50, 53 à 56) (refus d'accorder une licence en matière de droit d'auteur) ainsi que IMS Health (EU:C:2004:257, points 35 et 36) (refus d'octroyer une licence d'utilisation d'une structure modulaire protégée par un droit de propriété intellectuelle). Voir, aussi, arrêt Bronner (C-7/97, EU:C:1998:569, points 39 et 40) (refus d'une entreprise de presse d'intégrer la distribution d'un quotidien concurrent dans son propre système de portage de journaux à domicile).

45 — Arrêt IMS Health (EU:C:2004:257, point 38).

46 — Voir article 4, paragraphe 1, de la politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle.

47 — Voir, notamment, articles 3, 4, 6 et 8 de la politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle.

48 — Voir, également, arrêt United Brands et United Brands Continentaal/Commission (EU:C:1978:22, points 182 et 183).

74. Dans ces circonstances, qui sont caractérisées, d'une part, par la dépendance technologique du contrefacteur à la suite de l'incorporation à une norme de l'enseignement d'un brevet et, d'autre part, par des agissements déloyaux ou déraisonnables [49] du titulaire du BEN, en contradiction avec son engagement d'accorder des licences à des conditions FRAND, face à un contrefacteur qui se serait montré objectivement prêt, désireux et apte à conclure une telle licence, l'introduction d'une action en cessation constitue un recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale, porte atteinte au jeu de la concurrence [50] au détriment, en particulier, des consommateurs et des entreprises qui ont investi dans la préparation, l'adoption et l'application de la norme [51] et doit être considérée comme un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE.

75. Il est manifeste qu'une telle constatation d'un abus de position dominante dans le contexte de la normalisation et de l'engagement d'accorder des licences pour un BEN à des conditions FRAND ne peut être faite qu'après un examen non seulement du comportement du titulaire du BEN, mais également de celui du contrefacteur.

E – *L'application au cas d'espèce*

1. Sur la première question

76. Si la Cour n'a pas compétence, en vertu de l'article 267 TFUE, pour appliquer l'article 102 TFUE au cas concret, elle peut, dans le cadre de la coopération judiciaire instaurée par cet article, à partir des éléments du dossier, fournir au juge de renvoi les éléments d'interprétation de l'article 102 TFUE qui pourraient lui être utiles pour les confronter aux faits précis dont il est saisi [52].

77. Il va de soi que l'exploitation sans licence d'un brevet enfreint, en principe, la propriété intellectuelle de son titulaire et que celui-ci dispose de plusieurs recours en application de la directive 2004/48 afin d'assurer le respect de ses droits, dont l'action en cessation. Dans pareil cas, c'est avant de commettre une infraction que le contrefacteur doit entamer des négociations avec le titulaire d'un brevet en vue de conclure un accord de licence.

78. L'affaire au principal se différencie de ce qui précède dans la mesure où le titulaire s'est engagé, envers une organisation de normalisation (dont il est membre, comme le présumé contrefacteur), à octroyer à des tiers une licence à des conditions FRAND.

79. Les lignes directrices applicables à pareil cas me paraissent être les suivantes.

80. Pour autant que le contrefacteur soit et reste «apte» à conclure et à respecter une licence à des conditions FRAND et notamment à payer une redevance appropriée, le titulaire du BEN doit, au vu des enjeux importants en cause, faire certaines démarches concrètes avant d'introduire une action en cessation afin de respecter son engagement et d'honorer sa responsabilité particulière en application de l'article 102 TFUE.

49 — Il importe de souligner que le comportement du titulaire de BEN ne saurait être considéré comme déloyal ou déraisonnable s'il est objectivement justifié. À cet égard, je relève que, si le titulaire d'un BEN ne reçoit pas une redevance équitable à la suite de son engagement d'accorder des licences à des conditions FRAND, sa capacité de rentabiliser ses investissements et son incitation à investir dans d'autres technologies seraient réduites ainsi que sa disposition à accorder des licences d'un BEN à des conditions FRAND et de participer au processus de normalisation.

50 — Ces agissements sont propres à réduire l'investissement dans les technologies liées à la norme LTE et la disponibilité des produits et des services conformes à cette norme. En effet, si des licences d'un BEN n'étaient pas disponibles à des conditions FRAND, les entreprises seraient réticentes à mettre cette norme en œuvre, ce qui dévaloriserait le processus de normalisation. De surcroît, lorsque l'introduction des actions en cessation par le titulaire d'un BEN est utilisée comme un moyen de pression pour augmenter les redevances de licences, contrairement à l'engagement FRAND, les prix des produits et des services conformes à la norme LTE sont indirectement affectés de façon non équitable au détriment des consommateurs de ces produits et services.

51 — Voir article 3, paragraphe 1, de la politique de l'ETSI sur la propriété intellectuelle.

52 — Voir, en ce sens, arrêt Ioannis Katsivardas – Nikolaos Tsitsikas (C-160/09, EU:C:2010:293, point 24).

81. Cela est d'autant plus indispensable qu'il n'est pas certain que le contrefacteur d'un BEN sache nécessairement qu'il exploite l'enseignement d'un brevet qui est à la fois valide et essentiel à une norme. Pour la norme LTE, il semble que plus de 4 700 brevets aient été notifiés comme essentiels à l'ETSI et que, dans une proportion importante, ces brevets pourraient ne pas être valides ou essentiels à la norme [53].

82. Il est donc possible que même une grande entreprise de télécommunications comme ZTE n'ait pu vérifier préalablement le caractère essentiel et la validité de tous les brevets relatifs à la norme LTE qui ont été notifiés à l'ETSI. Il convient de prendre également en considération le fait que le secteur des télécommunications est en constante évolution et que les entreprises (et donc les contrefacteurs potentiels) doivent réagir avec célérité afin de commercialiser leurs produits et services. Il ne me semble donc pas déraisonnable que des licences d'un BEN à des conditions FRAND soient négociées et conclues ex post, à savoir après le commencement de l'exploitation de l'enseignement de ce brevet.

83. Quelles sont, sur cette base, les démarches concrètes que doit entreprendre le titulaire d'un BEN avant d'introduire une action en cessation [54] sous peine d'abuser de sa position dominante?

84. D'une part, il doit, sauf s'il est établi que le contrefacteur présumé en est pleinement informé, avertir ce dernier, par écrit et avec motivation de l'infraction en cause en précisant le BEN pertinent et de quelle façon il est enfreint par le contrefacteur. Une telle démarche ne lui impose pas une charge disproportionnée, puisqu'elle serait en tout cas nécessaire pour fonder un recours en cessation.

85. D'autre part, il doit en tout état de cause transmettre au contrefacteur présumé une offre écrite de licence à des conditions FRAND qui devra contenir toutes les conditions figurant habituellement dans une licence dans la branche d'activité concernée, en particulier le montant précis de la redevance et la façon dont il est calculé.

86. Pareille exigence n'est pas non plus disproportionnée parce que le titulaire d'un BEN s'est volontairement engagé à rentabiliser sa propriété intellectuelle de cette manière limitant ainsi volontairement la manière d'exercer son droit exclusif. Il est même raisonnable d'attendre qu'il prépare et rédige une telle offre dès l'obtention de son brevet et la prise de son engagement à octroyer des licences à des conditions FRAND. En outre, étant donné que cet engagement du titulaire d'un BEN comprend une obligation de non-discrimination entre les preneurs de licences, il est le seul à disposer de l'information nécessaire pour assurer le respect de cette obligation, surtout s'il a déjà conclu d'autres licences.

87. Une fois ces démarches accomplies, quelles sont les obligations du contrefacteur présumé?

88. Il doit réagir à l'offre du titulaire du BEN de manière diligente et sérieuse. S'il ne l'accepte pas, il doit à bref délai soumettre au titulaire d'un BEN une contre-offre écrite raisonnable relative aux clauses avec lesquelles il est en désaccord. Comme la juridiction de renvoi l'a relevé, l'introduction d'une action en cessation ne constituerait pas un abus de position dominante si le comportement du contrefacteur était purement tactique et/ou dilatoire et/ou non sérieux.

53 — Huawei elle-même relève que «l'utilisateur d'un brevet essentiel devrait agir dans des délais raisonnables lorsqu'il soumet une offre de licence FRAND ou s'engage à accepter la détermination des conditions par un juge ou un arbitre. Certains soutiennent même qu'il doit avoir fait une offre de licence FRAND de sa propre initiative avant de commencer à utiliser la norme. Cela semble cependant non réaliste dans le domaine de l'industrie des télécommunications, en raison du grand nombre de brevets essentiels et de titulaires de tels brevets, et de l'incertitude quant à la validité et à la violation de (prétendus) brevets essentiels. De la même façon, exiger d'un utilisateur d'une norme qu'il entame des négociations en vue d'une licence pour tout brevet déclaré comme essentiel avant quelque utilisation que ce soit n'est pas réaliste. On ne peut pas attendre de l'utilisateur d'une norme dans l'industrie des télécommunications (et cela est d'ailleurs inhabituel dans ce secteur) qu'il évalue chaque brevet déclaré comme essentiel, entame des négociations en vue d'une licence portant sur ce brevet, et émette une déclaration juridiquement contraignante pour chaque brevet essentiel et auprès de chaque titulaire d'un tel brevet, avant de commencer à utiliser la norme. Cela représenterait une charge administrative et financière très lourde et un énorme investissement en temps, si bien que l'utilisation de la norme serait en pratique impossible».

54 — La première question de la juridiction de renvoi vise spécifiquement l'action en cessation.

89. Le délai pour l'échange des offres et des contre-offres ainsi que la durée des négociations [55] doivent être évalués au vu de la «fenêtre commerciale» dont dispose le titulaire d'un BEN pour rentabiliser son brevet dans le secteur en cause.

90. C'est à la juridiction de renvoi de vérifier si et dans quelle mesure les comportements de Huawei et de ZTE s'inscrivent dans les lignes directrices qui précèdent. J'ajouterai quelques commentaires en relevant que le déroulement et la teneur exacte des contacts entre Huawei et ZTE ne ressortent pas clairement de la décision de renvoi. En outre, dans leurs observations devant la Cour, Huawei [56] et ZTE [57] en présentent des descriptions très divergentes, voire contradictoires.

91. En tout état de cause, il ressort de la décision de renvoi que, lors de ses discussions avec ZTE entre le mois de novembre 2010 et la fin du mois de mars 2011 [58], Huawei a indiqué le montant qu'elle estimait raisonnable à titre de redevance. Il appartient au juge de renvoi d'apprécier la teneur de cette «offre» [59] de Huawei et si elle répond aux conditions et aux hypothèses exposées aux points 84 et 85 des présentes conclusions.

92. En outre, la juridiction de renvoi doit vérifier si, sur la base du montant de la redevance proposé par Huawei et de la réponse de ZTE, la possibilité de négocier les conditions FRAND existait réellement. À cet égard, je considère que la juridiction de renvoi doit évaluer si la proposition de ZTE d'une concession réciproque de licences [60] et le paiement d'une redevance de 50 euros étaient appropriés dans le cas d'espèce et répondaient aux conditions et aux hypothèses exposées au point 88 des présentes conclusions.

55 — Qui doivent être entamées (et conclues) avec célérité, dès lors que le contrefacteur exploite (sans payer) l'enseignement d'un BEN.

56 — Huawei prétend qu'elle a informé ZTE en novembre 2010 de ce «qu'elle utilisait divers brevets LTE dont Huawei était titulaire et a proposé la conclusion d'un accord de licence à des conditions [FRAND]. ZTE a répondu que Huawei agissait elle-même en violation de ses propres brevets et a réclamé la conclusion d'un accord de concession réciproque de licences, sans redevance. En réalité, cependant, ZTE ne disposait, dans le domaine technique concerné, d'aucun brevet valablement délivré qui puisse intéresser Huawei. […] En décembre 2010, Huawei a mis à la disposition de ZTE […] une liste de ses propres brevets les plus concernés et a proposé d'accorder une licence sur ce portefeuille de brevets. ZTE a fini par communiquer, plus tard que convenu, une liste de ses propres brevets qui seraient prétendument concernés. Lors de divers pourparlers entre les parties, ZTE a fait part de sa position de principe, selon laquelle seule une concession réciproque de licences sans frais serait acceptable. […] En mars 2011, Huawei a fait parvenir à ZTE une autre offre de licence. Cette offre a, elle aussi, été refusée par ZTE, qui est restée sur sa position. ZTE n'a pas fait de contre-proposition en vue de la conclusion d'une licence à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, en ce qui concerne l'un ou l'autre des brevets de Huawei. […] En avril 2011, après cinq mois de discussions infructueuses, Huawei a décidé de saisir la justice».

57 — Selon ZTE, «entre novembre 2010 et mars 2011, [Huawei] a exprimé des exigences générales s'agissant de la redevance versée au titre de la licence. Elle n'a pas présenté de proposition concrète de contrat, ni étayé ses exigences. Dans le cadre de ces contacts, [Huawei] a présenté à [ZTE] une liste de 450 brevets (relevant de 130 familles de brevets) présentés comme essentiels à différentes normes […]. En dépit de plusieurs demandes présentées à cet effet, [Huawei] a refusé de fournir à l'appui de cette allégation les 'tableaux' d'usage dans les litiges relatifs à des brevets faisant la correspondance entre les droits et les spécifications, et fournissant une base d'appréciation des allégations de [Huawei]». ZTE ajoute que «[Huawei avait], dans le cadre des contacts entretenus au cours de la période de novembre 2010 à mars 2011, demandé une licence croisée, dans le cadre de laquelle [ZTE] aurait dû verser à [Huawei], pour compenser la différence de valeur entre les portefeuilles, une redevance nette à hauteur de 1,8 %. Cette demande constitue manifestement une redevance excessive». En outre, ZTE prétend avoir «proposé à [Huawei] de lui verser [un taux de redevance de 0,0022 % au titre du brevet litigieux calculé] sur la base d'une méthode généralement admise […]». ZTE ajoute que, «[p]endant toute la procédure, [Huawei] n'a à aucun moment présenté une contre-proposition concrète. Elle s'en est toujours tenue à critiquer l'offre [de ZTE] comme étant insuffisante. En particulier, [Huawei] n'a à aucun moment indiqué la valeur du brevet litigieux». «[ZTE a] calculé le montant des dommages et intérêts sur la base du taux de 0,0022 % […] en se fondant sur le chiffre d'affaires réalisé antérieurement par les stations de base compatibles avec la norme LTE. Dès lors que, jusqu'à la date pertinente, seulement 35 stations expérimentales avaient été vendues, la somme de 50 euros a été calculée. Si le nombre des stations vendues augmente, cela fera également augmenter le montant des dommages-intérêts».

58 — Voir point 27 des présentes conclusions.

59 — Je rappelle, à cet égard, que la juridiction de renvoi indique que Huawei et ZTE «n'ont pas échangé d'offres concrètes relatives à un contrat de licence». Voir point 27 des présentes conclusions.

60 — Voir point 27 des présentes conclusions.

93. Par ailleurs, si les négociations ne sont pas entamées ou n'aboutissent pas, le comportement du contrefacteur présumé ne saurait être considéré comme dilatoire ou non sérieux s'il demande la fixation de ces conditions soit par une juridiction, soit par un tribunal arbitral. Dans ce cas, il serait légitime que le titulaire d'un BEN demande au contrefacteur soit de constituer une garantie bancaire pour le paiement des redevances [61], soit de déposer une somme provisoire [62] auprès de la juridiction ou du tribunal arbitral pour l'exploitation passée et à venir du BEN.

94. Il en serait de même si, lors des négociations, le contrefacteur se réservait le droit, postérieurement à la conclusion d'une licence, de contester devant une juridiction ou un tribunal arbitral, d'une part, la validité de ce brevet et, d'autre part, le caractère irrégulier, voire l'existence même de l'usage qu'il faisait ou ferait de l'enseignement du brevet.

95. En effet, s'agissant de la validité du BEN, je considère, à l'instar de la juridiction de renvoi, de Huawei, de ZTE et de la Commission, qu'il est dans l'intérêt public qu'un contrefacteur présumé dispose de la possibilité de contester, postérieurement à la conclusion d'une licence, la validité d'un BEN (ce qu'a fait ZTE). Comme la Commission l'a relevé, la délivrance à tort d'un brevet peut constituer un obstacle à l'exercice légitime d'une activité économique. En outre, si les entreprises, qui fabriquent des produits et des services conformes à une norme ne peuvent pas remettre en cause la validité d'un brevet déclaré essentiel à celle-ci, il pourrait s'avérer de facto impossible de contrôler la validité de ce brevet car les autres entreprises n'auraient pas un intérêt à agir à cet égard [63].

96. Quant à l'usage de l'enseignement d'un brevet, les entreprises qui mettent en œuvre une norme ne doivent évidemment pas payer pour la propriété intellectuelle qu'elles n'exploitent pas [64]. Il s'ensuit que le contrefacteur présumé peut postérieurement remettre en cause son usage de l'enseignement d'un brevet et le caractère essentiel du brevet à la norme en cause.

97. Au vu de mes réponses à la première question, je considère qu'une réponse aux deuxième et troisième questions n'est pas nécessaire.

2. Sur la quatrième question

98. La quatrième question est fondée sur la prémisse, découlant de l'arrêt Orange-Book-Standard du Bundesgerichtshof, selon laquelle le contrefacteur doit, avant même la conclusion d'un contrat de licence, respecter des obligations qui lui incomberont au titre du futur contrat. Je considère qu'une telle exigence ne doit pas être imposée dans le cas de l'exploitation d'un BEN, lorsque le titulaire du brevet s'est engagé à accorder des licences à des conditions FRAND. Toutefois, comme il ressort de ma réponse à la première question, le contrefacteur doit se montrer objectivement prêt, désireux et apte à conclure un tel contrat de licence. Dans ces circonstances, la constitution d'une garantie bancaire pour le paiement futur des redevances ou le dépôt d'une somme provisoire peut être exigée par le titulaire d'un BEN pour l'exploitation passée et à venir de son brevet.

61 — Qui seront fixées par la juridiction ou par le tribunal arbitral.

62 — Qui sera fixée par la juridiction ou par le tribunal arbitral.

63 — La contestation de la validité d'un brevet implique des coûts importants. Je considère donc que seules les entreprises qui exploitent l'enseignement d'un brevet ont un intérêt à contester sa validité afin notamment de ne pas payer les redevances d'une licence. Si les entreprises qui mettent en œuvre une norme et exploitent, par conséquent, l'enseignement d'un BEN n'ont pas le droit de contester sa validité, non seulement elles risquent de payer une redevance indue, mais, comme la juridiction de renvoi le relève dans la décision de renvoi, «il pourrait s'avérer impossible de contrôler la validité des brevets essentiels à une norme (brevets que tous les opérateurs du marché en cause sont contraints d'exploiter)».

64 — Voir, par analogie, arrêt Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland/Commission (C-385/07 P, EU:C:2009:456, points 141 à 147).

3. Sur la cinquième question

99. Par cette question, la juridiction de renvoi interroge la Cour sur la question de savoir si le titulaire d'un BEN abuse d'une position dominante lorsqu'il fait valoir en justice d'autres droits au titre de la contrefaçon, à savoir la fourniture de données comptables, le rappel des produits ainsi que des dommages et intérêts.

100. Étant donné que les mesures correctives prévues à l'article 10 de la directive 2004/48 [65] peuvent consister en l'exclusion des marchés couverts par la norme des produits et des services d'un contrefacteur d'un BEN, les considérations exposées aux points 77 à 89 et 93 à 96 relatives à l'action en cessation s'appliquent mutatis mutandis aux mesures correctives prévues à l'article 10 de cette même directive.

101. En revanche, je ne vois aucun obstacle, au titre de l'article 102 TFUE, à l'introduction d'une demande en justice tendant à la fourniture de données comptables qui vise à vérifier l'usage fait par le contrefacteur de l'enseignement d'un BEN afin d'obtenir une redevance FRAND au titre de ce brevet. Il incombe à la juridiction en cause de veiller à ce que la mesure soit raisonnable et proportionnée.

102. Enfin, je considère qu'une demande de dommages et intérêts pour des actes d'exploitation passés qui enfreignent le BEN ne pose aucun problème au regard de l'application de l'article 102 TFUE. Étant donné qu'une telle demande ne vise qu'à dédommager le titulaire d'un BEN pour les infractions antérieures à son brevet, elle ne conduit, comme l'a relevé la Commission, «ni à l'exclusion du marché de produits conformes à une norme, ni à l'acceptation par un licencié potentiel de conditions de licence défavorables pour l'exploitation ultérieure d'un BEN».

VI – Conclusion

103. À la lumière des considérations qui précèdent, je propose à la Cour de répondre aux questions préjudicielles posées par le Landgericht Düsseldorf de la manière suivante:

1) L'introduction par le titulaire d'un brevet essentiel à une norme, qui s'est engagé envers un organisme de normalisation à octroyer aux tiers une licence à des conditions FRAND (Fair, Reasonable and Non-Discriminatory), à savoir à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, d'une demande de mesures correctives ou d'une action en cessation à l'encontre d'un contrefacteur, en application, respectivement, de l'article 10 et de l'article 11 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, qui peuvent conduire à l'exclusion des marchés couverts par la norme des produits et des services du contrefacteur d'un brevet essentiel à une norme, constitue un abus de sa position dominante en application de l'article 102 TFUE s'il est démontré que le titulaire d'un brevet essentiel à une norme n'a pas respecté son engagement alors que le contrefacteur se montre objectivement prêt, désireux et apte à conclure une telle licence.

2) Le respect de cet engagement implique que, avant d'introduire une demande de mesures correctives ou une action en cessation et sous peine d'abuser de sa position dominante, le titulaire d'un brevet essentiel à une norme doit, sauf s'il est établi que le contrefacteur présumé en est pleinement informé, avertir ce dernier, par écrit et avec motivation de l'infraction en cause en précisant le brevet essentiel à une norme pertinent et de quelle façon il est enfreint par le contrefacteur. Le titulaire d'un brevet essentiel à une norme doit en tout état de cause transmettre au contrefacteur présumé une offre écrite de licence à des conditions FRAND qui

65 — Parmi ces mesures figure le rappel des marchandises des circuits commerciaux.

devra contenir toutes les conditions figurant habituellement dans une licence dans la branche d'activité concernée, en particulier le montant précis de la redevance et la façon dont il est calculé.

3) Le contrefacteur doit réagir à cette offre de manière diligente et sérieuse. S'il n'accepte pas l'offre du titulaire d'un brevet essentiel à une norme, il doit sous un bref délai soumettre à ce dernier une contre-offre écrite raisonnable relative aux clauses avec lesquelles il est en désaccord. L'introduction d'une demande de mesures correctives ou d'une action en cessation ne constitue pas un abus de position dominante si le comportement du contrefacteur est purement tactique et/ou dilatoire et/ou non sérieux.

4) Si les négociations ne sont pas entamées ou n'aboutissent pas, le comportement du contrefacteur présumé ne saurait être considéré comme dilatoire ou non sérieux s'il demande la fixation de conditions FRAND soit par une juridiction, soit par un tribunal arbitral. Dans ce cas, il est légitime de la part du titulaire d'un brevet essentiel à une norme de demander au contrefacteur soit de constituer une garantie bancaire pour le paiement des redevances, soit de déposer une somme provisoire auprès de la juridiction ou du tribunal arbitral pour l'exploitation passée et à venir de son brevet.

5) Le comportement d'un contrefacteur ne saurait non plus être considéré comme dilatoire ou non sérieux lors des négociations d'une licence à des conditions FRAND s'il se réserve le droit, postérieurement à la conclusion d'une telle licence, de contester devant une juridiction ou un tribunal arbitral la validité de ce brevet, son usage de l'enseignement du brevet et le caractère essentiel du brevet à la norme en cause.

6) L'introduction par le titulaire d'un brevet essentiel à une norme d'une demande en justice tendant à la fourniture de données comptables ne constitue pas un abus de position dominante. Il incombe à la juridiction en cause de veiller à ce que la mesure soit raisonnable et proportionnée.

7) L'introduction par le titulaire d'un brevet essentiel à une norme d'une demande de dommages et intérêts pour des actes d'exploitation passés visant uniquement à le dédommager pour les infractions antérieures à son brevet ne constitue pas un abus de position dominante.