



**Par Lyse Brillouet,**

Directrice de la Recherche, de la Propriété Intellectuelle et du Licensing chez Orange

# LES BREVETS ESSENTIELS AUX NORMES, ENJEU DE SOUVERAINETÉ TECHNOLOGIQUE EN EUROPE

*Il y a presque un an, le Parlement européen a voté en faveur du projet de régulation des Brevets Essentiels aux Normes proposé par la Commission européenne. Ce vote a marqué la fin d'une première « bataille » sur ce sujet de propriété intellectuelle débutée en avril 2023, à la suite du projet publié par la Commission. De son côté, le Conseil des Ministres poursuit l'instruction du dossier. C'est l'occasion de revenir sur l'histoire de ces brevets essentiels et surtout d'expliquer en quoi ils sont pivots pour la stratégie de souveraineté technologique européenne dans les années à venir.*

Au cours de la dernière décennie, l'essor des normes relatives aux technologies s'est accompagné d'une explosion des déclarations de détention de Brevets Essentiels aux Normes (BEN). Ces normes (appelées également standards) sont le fruit d'un long travail mené en commun sur fonds propres par des groupes d'entreprises innovantes au sein d'organisations internationales de normalisation (ETSI, 3GPP, ITU, AFNOR, etc.). Souvent invisibles pour le grand public, ces standards sont pourtant partout dans notre quotidien. Du port USB-C, en passant par la 4G/5G, le Wifi ou les codecs audio/vidéo utilisés par exemple par toutes les plateformes de streaming. Ils permettent à chacun de pouvoir communiquer, s'informer, se divertir de manière fluide et efficace, quels que soient les produits et les marques, et ce partout en Europe et dans le monde.

Un domaine a particulièrement été moteur de cette croissance exponentielle du nombre de BEN : celui des technologies de connectivité.

De 12 000 familles de brevets essentiels en 2010 dans ce domaine, nous sommes passés à 75 000 familles déclarées en 2023, selon l'ETSI (European Telecommunications Standards Institute), l'organisation européenne de normalisation des télécommunications qui joue un rôle mondial dans cet enregistrement.

Dans le même temps, les besoins en connectivité de l'industrie mondiale, en particulier ceux de l'industrie automobile, des constructeurs de smartphones ou de l'industrie de l'Internet of Things (IoT) ont augmenté de manière significative. Ces normes, et les brevets qui y sont attachés, sont devenus incontournables pour leur business. Parce que ces standards sont ouverts et mobilisables, ces industriels ont ainsi pu mettre en œuvre ces nouvelles technologies dans leurs produits et services pour les rendre plus performants et innover.

La question du licensing de ces technologies est donc devenue de plus en plus centrale entre les détenteurs de ces brevets et les entreprises qui les implémentent.

Le système actuel peut sans doute être amélioré, mais le recul de trois décennies a montré qu'il fonctionnait plutôt bien. À ce jour, aucune analyse d'impact n'a démontré de défaillance du marché. Alors quels sont les enjeux ?

### **Plus de transparence ?**

Le projet proposé par la Commission en avril 2023 ciblait trois objectifs louables en matière de propriété intellectuelle : plus de transparence, plus d'équilibre, plus d'efficacité.

Plus de transparence, notamment sur le caractère essentiel de ces brevets. Le projet prévoit d'ailleurs la mise en place d'un système d'analyse des brevets afin d'en faire évaluer l'essentialité par un expert indépendant, au sein d'un Centre de Compétences créé spécialement au sein de l'EUIPO (European Union Intellectual Property Office). Les experts de ce centre pourraient ainsi prélever des échantillons aléatoires afin de vérifier l'essentialité des brevets déclarés comme tels par les détenteurs.

En effet, à la suite de son analyse d'impact, la Commission européenne a émis l'hypothèse qu'il y aurait une sur-déclaration des BEN au sein d'organismes de normalisation comme l'ETSI. Le sujet est peut-être plus complexe qu'il n'y paraît et il faut reconnaître que les pratiques peuvent différer d'une entreprise à l'autre.

Lorsqu'une entreprise coopère à l'établissement d'une norme, elle déclare chacune de ses contributions à la norme. Ces apports peuvent ou non faire l'objet d'un brevet, qui parce qu'il a trait à une norme, sera par la suite reconnu essentiel.

Si cette déclaration n'est pas effectuée, cela pourrait entraîner des problèmes de licence concernant la technologie propriétaire une fois la norme adoptée. Les brevets essentiels sont ensuite mis en licence au moment où la norme est exploitée opérationnellement à des conditions très encadrées. Cette pratique offre une reconnaissance et un complément de valorisation des efforts de recherche et développement des acteurs qui ont coopéré à la création de ces standards. Elle contribue à maintenir l'engagement des acteurs dans ces écosystèmes qui construisent les normes du futur, ouvertes et accessibles à tous.

Paradoxalement, la Commission européenne travaille également sur une stratégie européenne de normalisation. Celle-ci vise à renforcer la souveraineté et le leadership de l'Union européenne dans l'élaboration des normes technologiques mondiales. Pourtant, le projet de règlement des BEN semble conduit en silo, sans prise en compte des impacts et conséquences sur cette stratégie.

Comme indiqué précédemment, les pratiques diffèrent et certains acteurs du marché n'ont pas attendu la Commission pour mettre en œuvre une pratique de validation de l'essentialité des brevets aux normes. Chez Orange par exemple, cette démarche s'inscrit dans notre politique depuis des années. Chaque brevet potentiellement essentiel est soumis à un expert indépendant avant d'être donné en licence.

Plus globalement, c'est aussi la pratique vertueuse des « patent pools », ces consortiums créés et gérés par des agents mandataires qui donnent licence des BEN de multiples détenteurs pour une technologie donnée. Ils évaluent strictement le caractère essentiel des brevets, ils organisent la prise de licence, collectent les redevances et les redistribuent entre les membres. Ces « plateformes » permettent ainsi aux entreprises qui souhaitent implémenter des technologies (connectivité, codecs audio/vidéo, IoT, etc.) d'obtenir un point d'accès lisible et simplifié sur le marché (« one stop shop »).

La Commission européenne, à travers son futur Centre de compétences, souhaiterait également créer une base de données européenne des BEN, regroupant un certain nombre d'informations, aussi bien sur la technologie elle-même que sur les implémentations dans les produits finaux, différents marchés, etc.

Si la théorie paraît séduisante, cette démarche risque d'être complexe à rendre opérationnelle. Déjà, pour partie, le dispositif existe au sein de chaque organisme de normalisation. Ensuite, le texte prévoit que seuls les détenteurs soient tenus d'alimenter ce registre, qui compte tenu du nombre de normes et de brevets, pourrait s'avérer être un gisement difficile à gérer et à fiabiliser.

En effet, à priori seules les entreprises qui utilisent la technologie sont les plus à même de remonter les données relatives à leurs produits, leur marché, etc. Pourquoi n'impliquer que la moitié de l'écosystème dans ce processus ?

### **Plus d'équilibre ?**

Lorsqu'une norme est déployée dans des produits commerciaux, les détenteurs de brevets essentiels peuvent alors demander aux entreprises qui utilisent ces technologies de prendre licence. Deux possibilités existent.

La première consiste à entrer directement en relation avec les entreprises qui implémentent la technologie: la licence devra être conclue à un prix dit « FRAND » pour « Fair, Reasonable et Non-Discriminatory ». Parce qu'ils sont relatifs à des normes, les BEN se négocient donc à des prix encadrés, contrairement à un droit de propriété classique.

Ce processus de négociation est long, complexe et incertain. En effet, rien n'empêche une entreprise d'implémenter une technologie sans en payer les licences puisque les normes et les brevets sont des documents publics et accessibles à tous. Le détenteur de brevets doit alors fournir la preuve que l'implémenteur utilise sa technologie. Il est donc assez rare, qu'une entreprise prenne spontanément une licence. Pire, certains implémenteurs abusent de cette situation en repoussant le plus longtemps possible la prise de licence. On parle alors de « hold-out ». C'est ce phénomène qui pousse parfois les détenteurs de BEN à aller vers les tribunaux.

Cette problématique majeure n'est malheureusement pas évoquée dans le projet de loi. En revanche, de nouvelles charges administratives et financières pèseraient sur les détenteurs de brevets, comme celle de l'enregistrement dans la base tenue par le futur Centre de compétences de l'EUIPO.

Plus questionnable, le règlement établirait un cadre afin de déterminer la redevance agrégée pour une technologie normée, avant même que le marché n'existe. Cette proposition est, non seulement contraire au droit de la concurrence, mais impacterait fortement l'innovation ouverte en Europe.

Alors que les tarifs des licences sont déjà encadrés et souvent « dépréciés » au motif de la mutualisation dans les « patent pools » par exemple, les prix des licences risqueraient d'être encore plus tirés vers le bas. Ce biais de perception de prix élevés est alimenté par de nombreux acteurs, parfois surpuissants, qui voudraient utiliser les normes ouvertes sans en payer le prix juste, ou bien leur substituer des systèmes propriétaires largement déployés.

Les répercussions pourraient être très négatives pour tout l'écosystème de normalisation européen.

La seconde option pour prendre une licence consiste à rejoindre un « patent pool. » comme évoqué plus haut dans notre article. Ils apportent une réponse complète, en matière de vérification d'essentialité des brevets, de transparence ou de licence « FRAND ». En effet, ils s'appuient sur des évaluateurs indépendants issus de cabinets d'avocats sur les géographies utiles (USA, Europe, Japon...) pour évaluer l'essentialité des brevets que les détenteurs veulent placer dans le pool.

Ils constituent donc déjà une véritable solution commerciale aux enjeux du marché, y compris celui de l'IoT pris en exemple par la Commission. Le dernier accord signé par le « patent pool » C-IoT administré par Sisvel avec Nordic Semiconductors en est un témoin. Celui-ci va permettre ainsi à des centaines de clients de l'entreprise norvégienne, parmi lesquels Google et Alibaba, mais aussi un certain nombre de PME, d'accéder à l'ensemble des brevets dans le domaine de l'IoT cellulaire.

### **Plus d'efficacité ?**

Ce projet de régulation est très ambitieux notamment en regard de la complexité administrative qu'il requiert dans sa mise en œuvre, à l'image du Centre de compétence au sein de l'EUIPO. À date, parce que ce dernier ne possède pas de compétences ni d'expertises sur les brevets, et encore moins sur ces brevets dits essentiels, il devra créer de toutes pièces une nouvelle entité, de l'infrastructure informatique aux processus administratifs, en passant par le recrutement d'au moins 80 experts en propriété intellectuelle. Ces ressources sont en plus très rares et déjà bien bataillées.

La Commission espère réaliser 14 500 contrôles d'essentialité dès la première année, soit une analyse moyenne de 65 brevets par jour. La pratique actuelle montre qu'il faut à un expert chevronné entre plusieurs jours et plusieurs semaines parfois pour analyser un seul brevet... La question du financement des coûts annuels des experts externes et des conciliateurs reste aussi à adresser.

En l'état de la proposition, la simplification législative et réduction des charges administratives mise en avant par le programme « Better Regulation » de la Commission, et incluses dans les lettres de missions des Commissaires et Vice-Présidents exécutifs récemment confirmés, Virkkunen et Séjourné, n'est pas aisément cernable.

## **Vers la fin des normes technologiques ouvertes et mondialisées ?**

L'ambition de tendre vers plus de transparence, d'équilibre et d'efficacité est louable, mais ce projet de règlement y répond-t-il ? À l'inverse, il pourrait fragiliser les entreprises européennes contributrices aux normes de même que l'écosystème de la normalisation, à commencer par des organismes comme l'ETSI. Ce dernier, mentionné plus de trente fois dans l'étude d'impact de la Commission européenne disparaît des outils de la proposition.

Avec ce règlement, les entreprises européennes qui investissent dans l'innovation seront-elles suffisamment encouragées dans la course mondiale technologique ? Ne laisserait-il pas la voie libre aux écosystèmes propriétaires et fermés. Est-ce souhaitable à un moment où les moyens d'un numérique souverain en Europe sont fortement attendus ?

L'ETSI pourrait dans quelques années perdre son influence conduisant à une fragmentation des normes de connectivité, avec des modèles différents pour chaque zone géographique, telles que l'Asie ou l'Amérique. Cette perspective se ferait au détriment des consommateurs, qui se retrouveraient coincés dans des écosystèmes propriétaires et fermés.

Pour ces raisons, l'ETSI, l'OEB et un certain nombre d'autres acteurs importants du continent en matière d'innovation et de propriété intellectuelle ont demandé à la Commission de reconsidérer son projet et l'analyse d'impacts sur laquelle elle s'est appuyée. Même si le Parlement a déjà voté en faveur de ce projet de régulation très technique, l'a-t-il fait de façon parfaitement éclairée ?

### **Rien n'est pour autant joué.**

Le processus législatif est désormais en cours au Conseil, le texte va donc être de nouveau analysé et potentiellement amendé. Il semble toutefois que les États membres souhaitent prendre le temps d'analyser les aspects techniques complexes. Pour mieux comprendre les enjeux, ils ont d'ailleurs précédemment adressé une liste de plus de 200 questions à la Commission. Il restera ensuite la dernière étape du Trilogue au cours de laquelle le Parlement et le Conseil devront négocier pour parvenir à un texte final – un processus qui pourrait s'étendre sur une période prolongée...