

# Commission européenne (déc.), 9 décembre 2009

Note d'observations de Norman Neyrinck<sup>1</sup>

CONCURRENCE – BREVETS – ORGANISATION DE NORMALISATION – DÉCISION D'ENGAGEMENTS – ABUS DE POSITION DOMINANTE – EMBUSCADE TENDUE AU MOYEN DE BREVETS (DUPERIE)

COMPETITION – PATENTS – STANDARDISATION ORGANISATION – DECISION ON COMMITMENTS – ABUSE OF A DOMINANT POSITION – PATENT AMBUSH

*Le fait, pour une entreprise membre d'une organisation de normalisation, de s'approprier secrètement une norme en ne dévoilant pas que les technologies qui y sont incluses étaient couvertes par un brevet constitue une duperie intentionnelle même en l'absence de violation des règles d'un organisme de normalisation.*

*La fixation d'un taux de redevance supérieur au taux qui aurait pu être imposé en l'absence de duperie constituée, pour une entreprise en position de dominante, une violation de l'article 102 TFUE.*



*A firm that is a member of a standardisation body and secretly appropriates a standard by not disclosing the existence of the patent included in that standard engages in an intentional deceptive conduct, even without infringing the rules of the standardisation body.*

*A firm in a dominant position claiming royalties for the use of its patents at a level which, absent its allegedly intentional deceptive conduct, it would not have been able to charge infringes Article 102 TFEU.*

(Décision de la Commission du 9 décembre 2009 relative à une procédure d'application de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE (aff. COMP/38.636 – RAMBUS))<sup>1</sup>

La Commission européenne,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

vu le règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles

de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité<sup>2</sup> et notamment son article 9, paragraphe 1,

vu la décision de la Commission du 27 juillet 2007 d'engager la procédure dans la présente affaire,

<sup>1</sup> Assistant en droit de la concurrence, Institut d'Études Juridiques Européennes (IEJE), Université de Liège (ULg) (norman.neyrinck@ulg.ac.be).

<sup>2</sup> J.O. L 1 du 4 janvier 2003, p. 1 ; règlement modifié par le règlement (CE) n° 411/2004 (J.O. L 68 du 8 mars 2004, p. 1). À compter du 1<sup>er</sup> décembre 2009, les articles 81 et 82 du traité CE sont remplacés par les articles respectivement 101 et 102 du TFUE ; les deux ensembles de dispositions sont identiques sur le fond. Dans le cadre de la présente décision, les références aux articles 101 et 102 du TFUE doivent être comprises, lorsqu'approprié, comme des références aux articles respectivement 81 et 82 du traité CE.

après avoir exprimé des préoccupations dans la communication des griefs qu'elle a adoptée le 27 juillet 2007,

après avoir donné aux tierces parties intéressées l'occasion de présenter leurs observations, conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003, sur les engagements présentés pour répondre à ces préoccupations,

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

vu le rapport final du conseiller-auditeur<sup>3</sup>,

Considérant ce qui suit :

## 1. OBJET ET PARTIES

(1) Cette décision est adressée à Rambus, entreprise constituée selon le droit du Delaware (États-Unis), pour avoir réclamé des redevances potentiellement abusives pour l'utilisation de certains brevets portant sur les puces mémoires dynamiques à accès aléatoire (ci-après appelés «DRAM»). L'intéressée se serait livrée intentionnellement à une possible duperie dans le cadre du processus de normalisation. La possible duperie a trait à la non-révélation de l'existence de brevets et demandes de brevets dont Rambus a déclaré ultérieurement qu'ils concernaient la norme adoptée.

(2) Dans sa communication des griefs du 27 juillet 2007, qui constitue une évaluation préliminaire au sens de l'article 9, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité («le règlement (CE) n° 1/2003»), la Commission est parvenue à la conclusion provisoire qu'au moment où elle a commencé à revendiquer ses brevets, soit en janvier 2000, Rambus détenait une position dominante sur le marché mondial de la technologie d'interface DRAM (indépendamment de la question de savoir s'il existe un marché unique pour l'ensemble des technologies d'interface DRAM ou s'il existe des marchés distincts de dimension mondiale pour chaque sous-technologie d'interface DRAM), position dominante qu'elle a conservé depuis.

(3) La Commission a estimé à titre préliminaire que les pratiques de Rambus consistant à réclamer des redevances pour l'utilisation de ses brevets aux fabricants de DRAM conformes aux normes de l'industrie, redevances d'un montant qu'elle n'aurait pu imposer si elle ne s'était pas livrée intentionnellement à la duperie présumée, posaient problème quant à leur compatibilité avec l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne «TFUE». En outre, la Commission est parvenue à la conclusion provisoire que le comportement de Rambus sape la confiance dans le processus de normalisation, compte tenu du fait que, dans le secteur en cause, un processus de normalisation efficace est une condition préalable à l'évolution technologique et au développement général du marché dans l'intérêt des consommateurs.

(4) Rambus a été constituée en 1990 selon le droit californien, avant de l'être une nouvelle fois, en 1997, selon le droit du Delaware. Son lieu d'activité principale se trouve à Los Altos, en Californie. Rambus conçoit et développe des technologies de connexion par carte à puce à large bande pour ordinateurs, produits électroniques grand public et produits de communication (dont des mémoires systèmes, des cartes graphiques pour PC, des produits multimédias, des postes de travail, des consoles de jeux vidéo et des commutateurs de réseau), qu'elle concède également sous licences.

## 2. DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE DANS LE CADRE DES RÈGLEMENTS N° 17/62 ET (CE) N° 1/2003

(5) Le 18 décembre 2002, Infineon Technologies AG, une entreprise principalement basée à Munich, en Allemagne («Infineon») et Hynix Semiconductor Inc., une entreprise principalement basée à Ichon, en Corée («Hynix»), ont transmis une plainte formelle contre Rambus en application de l'article 3 du règlement du Conseil n° 17/62<sup>4</sup>, en vue de l'ouverture d'une procédure contre Rambus.

(6) Le 5 avril 2005, Infineon a informé la Commission qu'elle retirait sa plainte.

<sup>3</sup> Rapport final du conseiller-auditeur du 29 septembre 2009.

<sup>4</sup> Règlement n° 17 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité (J.O. n° 13 du 21 février 1962, p. 204).

## JURISPRUDENCE

(7) Le 27 juillet 2007, la Commission a ouvert la procédure en vue d'arrêter une décision en application du chapitre III du règlement (CE) n° 1/2003 et a adopté une communication des griefs exposant les problèmes de concurrence qu'elle a recensés, et qui constitue une évaluation préliminaire au sens de l'article 9, paragraphe 1, dudit règlement.

(8) Cette évaluation a été notifiée à Rambus par lettre du 30 juillet 2007. L'accès au dossier a été accordé à l'intéressée le 10 août 2007. Cette dernière a répondu à la communication des griefs le 31 octobre 2007.

(9) Une audition s'est tenue les 4 et 5 décembre 2007 à la demande de Rambus. Cinq entreprises ont été admises en tant que tierces parties intéressées. Elles ont formulé des observations sur la communication des griefs.

(10) Le 8 juin 2009, en réponse à la communication des griefs, Rambus a présenté des engagements (ci-après « les engagements ») à la Commission, tout en réfutant les conclusions provisoires de cette dernière.

(11) Le 12 juin 2009, une communication a été publiée au *Journal officiel* de l'Union européenne<sup>5</sup> conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003. Cette communication résumait l'affaire ainsi que les engagements et invitait les tierces parties intéressées à présenter leurs observations sur ces engagements dans un délai d'un mois à compter de la date de sa publication.

(12) Le 23 juillet 2009, la Commission a informé Rambus des observations sur les engagements reçues de la part de tierces parties intéressées à la suite de la publication de cette communication. Le 14 août 2009, Rambus a présenté des engagements modifiés.

(13) Le comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes a été consulté le 28 septembre 2009. Le conseiller-auditeur a rendu son rapport final le 29 septembre 2009.

(14) Le 13 octobre 2009, conformément à l'article 7, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 773/2004<sup>6</sup>, la

Commission a informé Hynix qu'elle avait adopté la position préliminaire que le degré d'intérêt de l'Union n'était pas suffisant pour conduire plus loin l'enquête sur l'infraction supposée.

(15) Hynix a transmis des commentaires supplémentaires le 12 novembre 2009.

### 3. ÉVALUATION PRÉLIMINAIRE

#### 3.1. Marchés en cause

##### 3.1.1. Le marché de produits

(16) Le marché en cause est le marché de la technologie d'interface DRAM. Les puces DRAM sont des mémoires électroniques essentiellement utilisées dans les systèmes informatiques, mais aussi dans toute une série d'autres produits qui doivent stocker temporairement des données, tels que les serveurs, les postes de travail, les imprimantes, les assistants numériques individuels et les appareils photos. La technologie d'interface permet l'interopérabilité entre la puce DRAM et d'autres composants informatiques devant avoir accès aux données stockées dans les puces DRAM. Aux fins de cette procédure, la question de savoir s'il existe un marché unique regroupant l'ensemble des technologies d'interface DRAM ou s'il existe des marchés distincts pour les différentes sous-technologies d'interface DRAM peut être laissée en suspens.

##### 3.1.2. Le marché géographique

(17) Les licences relatives aux DRAM synchrones sont concédées à l'échelle mondiale et les produits qui en résultent, répondant à des spécifications uniformes, sont fabriqués et vendus dans le monde entier. Les puces DRAM synchrones sont fabriquées sur un petit nombre de sites de production dans le monde. Elles sont distribuées à l'échelle mondiale pour être incorporées dans des PC et d'autres équipements produits dans toute une série de pays à travers le monde<sup>7</sup>. Le marché géographique de l'octroi de licences portant

<sup>5</sup> *J.O.* C-133 du 12 juin 2009, p. 16.

<sup>6</sup> Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE (*J.O.* L 123 du 27 avril 2004, p. 18).

<sup>7</sup> Voir également la décision de la Commission du 3 mai 2000 déclarant la compatibilité avec le marché commun d'une concentration (aff. n° IV/M.44 – *HITACHI/NEC – DRAM/JV*) sur la base du règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, *J.O.* C-153 du 1<sup>er</sup> juin 2000, p. 8, considérant 21.

sur la technologie d'interface DRAM synchrone est par conséquent de dimension mondiale.

### 3.2. Position des parties sur le marché en cause

(18) Le JEDEC, organisme de normalisation industrielle des États-Unis, a élaboré une norme pour les DRAM. Les puces conformes à la norme SDR DRAM du JEDEC étaient le principal type de puce DRAM présent sur le marché dès 1999, représentant 84% des puces DRAM vendues. En août 1999, le JEDEC a adopté la norme DDR DRAM, ce qui a encore assuré la progression de ses normes DRAM.

(19) Les puces DRAM synchrones conformes aux normes du JEDEC représentent la grande majorité des puces DRAM vendues dans le monde à l'heure actuelle, soit plus de 96% du total des ventes de puces DRAM réalisées sur la période courant de 2004 à 2008. La quasi-totalité des acteurs du marché a confirmé qu'il était indispensable, d'un point de vue commercial, de respecter les normes du JEDEC pour pouvoir vendre des puces DRAM sur le marché communautaire ou mondial. La technologie RDRAM de Rambus et son successeur, la XDR DRAM, représentent la principale technologie d'interface non conforme aux normes du JEDEC.

(20) Rambus revendiquant des brevets pour toutes les puces SDRAM conformes aux normes du JEDEC et possédant les technologies «propriétaires» RDRAM et XDR DRAM, la production commerciale de DRAM à l'échelon mondial couverte par les revendications de brevets de Rambus est donc supérieure à 90%. Rambus était et est toujours la seule entreprise à revendiquer des brevets pour la technologie d'interface DRAM.

(21) Tout fabricant désireux de produire des puces ou jeux de puces DRAM synchrones conformes aux normes du JEDEC doit par conséquent, soit obtenir une licence de brevet de la part de Rambus, soit contester en justice les droits de brevet revendiqués par cette dernière.

(22) Il existe d'importantes barrières à l'entrée sur le marché, principalement imputables au fait que l'industrie est tenue de se conformer aux normes du JEDEC. En premier lieu, les coûts et les efforts initiaux liés à l'élaboration des normes sont considérables. De plus, le fait de

sortir d'une norme une fois celle-ci adoptée implique des coûts substantiels.

(23) Les spécifications d'une nouvelle norme devraient avant tout être convenues avec les entreprises du secteur (fabricants de DRAM, de microprocesseurs et de composants, équipementiers informatique et autres), ce qui nécessiterait en soi un temps non négligeable. En outre, la promotion d'une nouvelle norme et d'une technologie qui lui est liée demanderait des efforts considérables.

(24) L'adoption d'une nouvelle technologie impliquant également des risques élevés et des coûts substantiels pour les consommateurs, ces derniers devraient être convaincus de la viabilité de la technologie en question et du fait que celle-ci serait disponible en quantités suffisantes et à un coût acceptable. Les entreprises qui produisent des PC et des serveurs doivent mettre au point et tester de nouvelles architectures de système. Les fabricants de microprocesseurs et de jeux de puces devraient également concevoir des puces compatibles avec la nouvelle norme.

(25) Parallèlement à l'élaboration d'une nouvelle norme, les fabricants de DRAM doivent envisager la conception de composants conformes, tandis que les nouvelles puces doivent être testées avant une production à grande échelle.

(26) À la lumière des considérations ci-dessus, la Commission a considéré à titre provisoire que Rambus détenait une position dominante sur le marché lorsqu'elle a commencé à revendiquer ses brevets, position dominante qu'elle a conservé depuis.

### 3.3. Pratiques soulevant des problèmes de concurrence

(27) Dans son évaluation préliminaire, la Commission a considéré que Rambus était susceptible de s'être livrée intentionnellement à une duperie dans le cadre du processus de normalisation en ne révélant pas l'existence des brevets et des demandes de brevets dont elle a déclaré ultérieurement qu'ils concernaient la norme adoptée. Un tel comportement est connu sous le nom d'«embuscade tendue au moyen d'un brevet».

(28) La Commission a estimé que Rambus était susceptible d'avoir abusé de sa position dominante en récla-

## JURISPRUDENCE

mant des redevances pour l'utilisation de ses brevets aux fabricants de DRAM conformes aux normes du JEDEC, en fixant à cet effet des taux de redevance qu'elle n'aurait pu imposer si elle ne s'était pas livrée intentionnellement à cette duperie. Dans son évaluation préliminaire, la Commission a conclu à titre provisoire que le fait de réclamer de telles redevances était incompatible avec les dispositions de l'article 102 du TFUE eu égard aux circonstances spécifiques de la présente affaire, parmi lesquelles la violation intentionnelle, par Rambus, de la politique du JEDEC et de l'obligation implicite de bonne foi dans le cadre de la normalisation, violation allant délibérément à l'encontre des attentes légitimes des autres parties au processus de normalisation.

(29) Par ailleurs, la Commission a considéré qu'un comportement tel que celui allégué de la part de Rambus est susceptible d'avoir adopté à sapé la confiance dans le processus de normalisation, compte tenu du fait que dans le secteur en cause, un processus de normalisation efficace est une condition préalable à l'évolution technologique et au développement général du marché dans l'intérêt des consommateurs.

*Le contexte de la normalisation  
et les embuscades tendues au moyen d'un brevet*

(30) Dans son évaluation préliminaire, la Commission a considéré que le contexte spécifique lié à la normalisation était important aux fins d'une appréciation en bonne et due forme du comportement de Rambus. Le processus de normalisation s'assimile à une prise de décision collective comportant un risque d'effet anticoncurrentiel. La normalisation fournit aux entreprises un forum où débattre de l'exclusion de certains produits ou technologies du marché.

(31) Les normes peuvent cependant avoir une incidence économique positive, dans la mesure où elles favorisent l'interpénétration économique sur le marché intérieur ou encouragent le développement de nouveaux marchés et l'amélioration des conditions de l'offre<sup>8</sup>. Elles tendent à renforcer la concurrence et

abaissent les coûts de production et de vente, au bénéfice de l'ensemble des économies. Les normes assurent l'interopérabilité, maintiennent et accroissent la qualité et fournissent des informations<sup>9</sup>.

(32) Pour que ces avantages se concrétisent, il convient, vu le risque d'effets anticoncurrentiels, d'accorder une attention particulière aux procédures mises en place pour assurer la protection des intérêts des utilisateurs des normes. La Commission a par conséquent défini les conditions que les organismes de normalisation doivent respecter à cet effet. Dans sa communication de 1992 intitulée «Droits de propriété intellectuelle et normalisation»<sup>10</sup>, la Commission a indiqué qu'un titulaire de droits de propriété intellectuelle agirait de mauvaise foi s'il était conscient que ces droits se rapportent à une norme en cours d'élaboration et s'il ne révélaient la propriété de ces droits qu'après l'adoption de la norme, forçant ainsi ses concurrents à accepter des redevances de licence plus élevées que celles qui auraient pu être proposées à un stade antérieur avant l'adoption de la norme<sup>11</sup>. La Commission a également indiqué dans cette communication que, pour que le processus de normalisation déploie ses avantages, les titulaires de droits de propriété intellectuelle devraient être invités à identifier et à signaler tout droit de propriété intellectuelle se rapportant à une norme en cours d'élaboration<sup>12</sup>.

(33) Les lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale<sup>13</sup> (les «lignes directrices horizontales») fournissent également un cadre d'analyse des effets de la normalisation sur la concurrence. Elles indiquent que les normes doivent être définies sur une base non discriminatoire et qu'il faut pouvoir justifier le choix d'une norme de préférence à une autre<sup>14</sup>. De par leur nature, les normes n'incluent pas toutes les spécifi-

<sup>8</sup> Communication de la Commission intitulée «Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale», J.O. C-3 du 6 janvier 2001, p. 2, point 169.

<sup>9</sup> Communication de la Commission sur «le rôle de la normalisation européenne dans le cadre des politiques et de la législation européennes», COM(2004) 674 final.

<sup>10</sup> Communication de la Commission intitulée «Droits de propriété intellectuelle et normalisation», COM(1992) 445, point 4.2.10.

<sup>11</sup> COM(1992) 445, point 4.4.1.

<sup>12</sup> COM(1992) 445, points 4.4.3 et 6.2.1.6.

<sup>13</sup> J.O. C-3 du 6 janvier 2001, p. 2.

<sup>14</sup> Lignes directrices horizontales, point 171.

cations ou technologies possibles; dans certains cas, il est nécessaire de ne disposer que d'une seule solution technique<sup>15</sup>, dans l'intérêt des consommateurs ou de l'économie dans son ensemble. Les lignes directrices horizontales soulignent par conséquent l'importance de « procédures non discriminatoires, ouvertes et transparentes »<sup>16</sup> pour prévenir tout effet anticoncurrentiel.

(34) Compte tenu de ces éléments, les organismes de normalisation adoptent généralement des politiques en matière de droits de propriété intellectuelle qui visent à prévenir ou à minimiser le risque d'effet anticoncurrentiel. Ces politiques, y compris la politique du JEDEC en matière de brevets, soulignent généralement l'importance de la bonne foi.

(35) Pour garantir que toute norme ouverte et acceptée est accessible à l'industrie, le JEDEC avait pour politique de se montrer particulièrement attentif lors de l'examen des normes susceptibles de nécessiter un recours à la technologie propriétaire. Les normes requérant l'utilisation d'un brevet ne pouvaient pas être prises en considération par le JEDEC, à moins que ne soient divulguées toutes les informations techniques pertinentes couvertes par le brevet ou un brevet pendant.

(36) Afin de mettre cette politique en œuvre, tous les membres devaient ou étaient, à tout le moins, censés signaler au JEDEC tout brevet accordé ou pendant dont ils avaient connaissance et qui était susceptible d'avoir un rapport avec les travaux de normalisation de cet organisme. La politique en matière de brevets prévoyait un certain nombre de règles garantissant qu'elle avait effectivement été portée à la connaissance des membres du JEDEC.

(37) La Commission a conclu à titre provisoire que le JEDEC et ses membres se fondent sur le respect de la politique en matière de brevets lors de l'élaboration des normes industrielles. Le respect de cette politique, et notamment des règles relatives à la divulgation des brevets délivrés ou pendants, a permis au JEDEC et à ses membres d'opter pour d'autres technologies ou d'élaborer d'autres normes sur la base des brevets potentiels ou existants lorsque lesdits membres n'étaient pas

à même d'obtenir, du détenteur du brevet/de l'auteur de la demande de brevet, l'assurance qu'une licence serait disponible dans des termes conformes à la politique de brevets du JEDEC.

(38) La Commission a conclu à titre provisoire que la politique du JEDEC en matière de brevets, de même que l'obligation implicite de bonne foi, avaient pour but de donner aux membres de cet organisme la possibilité d'élaborer des normes ouvertes, indépendamment de toute demande de brevet potentielle. En d'autres termes, cette politique visait à empêcher qu'une entreprise membre ne s'approprie une norme secrètement en ne dévoilant pas au JEDEC que les technologies incluses étaient couvertes par un brevet accordé à ce membre ou par une demande de brevet déposée par ce dernier, à éviter que le processus de normalisation ne soit manipulé au moyen du dépôt de demandes de brevets portant sur des technologies dont l'inclusion était en cours d'examen par le JEDEC, ainsi qu'à garantir que des licences portant sur des technologies protégées par des droits de brevets inclus dans la norme soient proposées aux membres du JEDEC à des conditions raisonnables.

(39) Il convient toutefois de noter que, bien que la Commission ait considéré dans son évaluation préliminaire que Rambus était susceptible d'avoir enfreint la politique du JEDEC en matière de brevets, une violation effective des règles précises d'un organisme de normalisation ne serait pas une condition nécessaire à la constatation d'un abus dans ce contexte. La constatation d'un abus serait plutôt conditionnée par le comportement qui a nécessairement influencé le processus de normalisation, dans un contexte où la suppression des informations pertinentes ne peut que perturber le processus décisionnel au sein d'un organisme de normalisation.

#### *L'appropriation des normes du JEDEC par Rambus*

(40) La Commission a considéré à titre provisoire que Rambus avait prévu de s'approprier la norme relative à la technologie d'interface DRAM d'emblée; de même, elle pourrait avoir délibérément profité, selon sa stratégie commerciale, de son affiliation au JEDEC pour revoir et adapter ses demandes de brevets pendants dans le but d'acquérir le contrôle des puces DRAM synchrones conformes aux normes de cet organisme.

<sup>15</sup> Lignes directrices horizontales, point 171.

<sup>16</sup> Lignes directrices horizontales, point 163.

## JURISPRUDENCE

(41) Dans son évaluation préliminaire, la Commission a considéré que Rambus, en sa qualité de membre du JEDEC de 1991 à 1996, était dûment informée et consciente de l'obligation de divulguer les brevets dérivés et pendants ayant trait aux travaux de normalisation de ce dernier incombant à chacun de ses membres. Rambus était parfaitement consciente des attentes des autres participants et du fait que si elle ne divulguait pas ses brevets ou demandes de brevets, les normes ne seraient pas adoptées sur la base de toutes les informations pertinentes.

(42) La Commission a estimé à titre provisoire que Rambus, conformément à sa stratégie commerciale, et nonobstant i) sa connaissance des exigences de la politique du JEDEC concernant les brevets et de l'obligation implicite de bonne foi qui incombe à tout participant à un processus de normalisation et ii) sa connaissance du rapport existant entre ses brevets et demandes de brevets et les travaux de normalisation du JEDEC, était effectivement consciente des avantages qu'il y avait à ne pas divulguer sa situation en matière de brevets et a intentionnellement omis de divulguer au JEDEC tous les brevets et demandes de brevets concernant les normes pertinentes de ce dernier.

### *Incidence de l'appropriation des normes du JEDEC*

(43) Dans son évaluation préliminaire, la Commission a considéré que, pour ce qui est de la duperie alléguée de Rambus, les membres du JEDEC étaient susceptibles d'avoir élaboré une autre norme, non liée à des brevets, n'incluant pas les brevets de Rambus. La Commission a conclu à titre provisoire qu'un certain nombre d'éléments pointaient clairement dans cette direction.

(44) La Commission a estimé à titre préliminaire que toute une série d'éléments tendaient à démontrer que l'industrie se souciait des coûts associés à toute technologie d'interface DRAM. À cet égard, elle a conclu à titre provisoire que le versement de redevances pour les interfaces mémoires avait bien plus souvent été l'exception que la règle au sein de l'industrie des DRAM, ce qui montre une disposition à ne pas inclure de brevets dans les normes.

(45) En effet, la Commission a conclu que les utilisateurs étaient désireux de renoncer à améliorer leurs performances afin de limiter les coûts. À cet

égard, plusieurs solutions de rechange permettant de meilleures performances n'ont pas été retenues, n'étant pas indispensables pour le marché des PC.

(46) La Commission a par ailleurs considéré à titre préliminaire qu'il existait des preuves substantielles de ce que de nombreuses autres technologies substituables aux technologies finalement incluses dans les normes DRAM du JEDEC étaient disponibles durant la période au cours de laquelle Rambus était membre de cet organisme. Ces autres technologies pouvaient, techniquement et commercialement, être utilisées. Aucun élément n'indique qu'il existait des brevets reposant sur les autres technologies et qui auraient pu être inclus dans les normes.

### *Obligation, pour l'industrie, de se conformer aux normes du JEDEC*

(47) Dans son évaluation préliminaire, la Commission a considéré qu'il existait des barrières très importantes à l'entrée sur le marché et que l'industrie était tenue de se conformer aux normes DRAM du JEDEC. Elle a en outre estimé que l'incidence du comportement abusif présumé s'étendait également aux normes du JEDEC ultérieures et non seulement aux normes SDR et DDR DRAM qui furent adoptées lorsque Rambus était membre du JEDEC.

### **3.4. Incidence sur les échanges entre États membres**

(48) Dans son évaluation préliminaire, la Commission a considéré que les pratiques de Rambus étaient susceptibles d'avoir une incidence sur les échanges entre États membres, étant donné que les licences relatives aux DRAM synchrones sont concédées sur une base mondiale et que les produits en résultant, répondant à des spécifications uniformes, sont fabriqués et vendus dans le monde entier.

## **4. ENGAGEMENTS PROPOSÉS**

(49) Les principaux éléments des engagements proposés sur une base volontaire par Rambus le 8 juin 2009 sont les suivants :

- a) Rambus proposera une licence groupée au niveau mondial, d'une durée de cinq ans, pour les produits DRAM à venir, et ce pour tous ses brevets ayant trait

- aux SDR, DDR, DDR 2 et DDR 3, en vertu de laquelle elle s'engagera à ne pas réclamer de redevances pour les SDR et DDR. Cette offre ne couvrira pas les redevances antérieures. Rambus proposera une licence similaire pour les produits reposant sur les futures normes du JEDEC;
- b) s'agissant des puces DRAM, les taux de redevance maximum seront les suivants :
- i. SDR DRAM – sous réserve du respect des conditions de la licence, le titulaire de celle-ci se verra accorder une exonération de redevance sur les SDR DRAM pendant la durée des effets de ladite licence;
  - ii. DDR DRAM – sous réserve du respect des conditions de la licence, le titulaire de celle-ci se verra accorder une exonération de redevance sur les DDR DRAM pendant la durée des effets de ladite licence;
  - iii. DDR 2, GDDR3 et GDDR4 DRAM: 1,5% du prix de vente par unité;
  - iv. DDR 3 DRAM: 1,5% du prix de vente par unité;
- c) s'agissant des contrôleurs de mémoire, les taux de redevance maximum seront les suivants :
- i. contrôleurs de mémoire de type SDR: 1,5% du prix de vente par unité jusqu'en avril 2010, taux tombant à 1% par la suite<sup>17</sup>;
  - ii. contrôleurs de mémoire de types DDR, DDR2, DDR3, GDDR3 et GDDR4: 2,65% du prix de vente par unité jusqu'en avril 2010, taux tombant à 2% par la suite;
- d) les engagements seront valables durant une période de cinq ans à compter de la date d'adoption de la présente décision. L'octroi de licence expirera à la fin de cette période de cinq ans indépendamment de la date de la signature de l'accord de licence. Au terme d'une période de licence d'un an minimum, les titulaires des licences auront la possibilité de renoncer à celles-ci sans conditions avant l'expiration de la durée du contrat;
- e) conformément à cette proposition, Rambus fournira aux détenteurs de licences une garantie dite du « détenteur de licence le plus favorisé », selon laquelle les taux proposés auxdits détenteurs seront les taux

unitaires les plus bas, à des conditions et situations commerciales similaires, dont le caractère prospectif de la licence, à celles proposées à toute autre partie pendant la durée de validité de la licence.

(50) En annexe aux engagements, Rambus a également proposé deux accords de licence par défaut pour les puces et les contrôleurs de mémoires, respectivement. Rambus a déclaré que les contrats par défaut étaient conformes auxdits engagements. Ils seront publiés sur le site web de Rambus de façon à permettre aux détenteurs de licences potentiels de les télécharger et de les signer en vue de l'obtention d'une licence, dans la mesure où la Commission rendra les engagements de Rambus obligatoires. Les parties resteront libres de négocier des termes et conditions différents si elles le souhaitent.

## 5. COMMUNICATION DE LA COMMISSION CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 27, PARAGRAPHE 4, DU RÈGLEMENT (CE) N° 1/2003

(51) À la suite de la publication, le 12 juin 2009, d'une communication conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003<sup>18</sup>, la Commission a reçu six réponses de la part de tierces parties intéressées, dont trois grands fabricants de puces DRAM.

### 5.1. Observations concernant les engagements et réponse

(52) En ce qui concerne la portée des engagements, certaines parties estiment que les engagements devraient indiquer les normes existantes qui sont couvertes avec plus de clarté, en particulier pour ce qui est des variantes des normes du JEDEC relatives aux puces DRAM mobiles et de puissance limitée. Certaines font valoir que les engagements devraient être étendus aux futures générations de normes du JEDEC qui n'ont pas encore été adoptées.

(53) Selon plusieurs parties, les engagements ne devraient pas comporter de clause du détenteur de licence le plus favorisé: en effet, Rambus refuserait probablement d'accorder un taux de redevance infé-

<sup>17</sup> À moins que Rambus ne détienne plus de brevet portant sur les contrôleurs de mémoire de type SDR, auquel cas aucune redevance ne sera perçue sur ce type de produits.

<sup>18</sup> J.O. C-133, 12 juin 2009, p. 16.

## JURISPRUDENCE

rieur à ceux indiqués au considérant (49) ci-dessus, étant donné qu'elle devrait peut-être proposer ces taux à tous les autres détenteurs de licence, ce qui empêcherait les détenteurs de licences de négocier des taux plus intéressants.

(54) S'agissant des plafonds appliqués aux redevances conformément aux engagements, toutes les parties sont généralement d'avis que les taux proposés sont trop élevés. Un certain nombre de parties ont transmis des calculs (différents), dans le but de montrer que certaines entreprises pourraient avoir payé un taux inférieur à un certain point. Dans ses commentaires du 12 novembre 2009, le plaignant Hynix a transmis des calculs supplémentaires. La Commission considère à cet égard qu'elle doit évaluer les engagements dans leur ensemble, et non leurs composantes individuelles. À cet égard, même si les possibles lacunes mineures de certains aspects des mesures correctives pouvaient être considérées comme avérées, les engagements dans leur ensemble répondent aux préoccupations exprimées par la Commission dans le cas présent. Dans ce contexte, au vu de l'ensemble des éléments pertinents, et en particulier de la nature complexe et difficile de l'affaire, la Commission considère que l'intérêt de l'Union ne justifie pas la poursuite de l'enquête et qu'il n'y a par conséquent plus lieu d'agir pour la Commission.

(55) Premièrement, la Commission observe que Rambus accepte de ne réclamer aucune redevances pour les normes SDRAM et DDR qui ont été adoptées à l'époque où elle était membre du JEDEC. Deuxièmement, Rambus s'engage à réclamer une redevance de 1,5% au maximum pour les normes ultérieures, soit moins que la redevance de 3,5% qu'elle avait exigé pour la DDR dans ses contrats existants. Les engagements étendent le taux le plus favorable à tous les acteurs du marché et garantissent à l'industrie des taux n'excédant pas ces plafonds. Cette prévisibilité et cette certitude présentent une valeur évidente pour les entreprises. Les nouveaux entrants potentiels auront également une vision claire des futurs coûts de redevance, ce qui facilitera leur décision quant à une éventuelle entrée sur le marché.

(56) Plusieurs des parties ayant répondu à l'enquête indiquent que, la licence ayant une portée mondiale et les redevances étant calculées sur la base des ventes mondiales, les engagements les amèneraient égale-

ment à verser des redevances pour les pays où Rambus ne détient pas de brevets.

(57) La Commission considère que, le marché étant de dimension mondiale, il n'est pas déraisonnable, dans le cadre de la présente affaire, de calculer les redevances sur la base des ventes mondiales, même si Rambus peut ne pas détenir de brevets dans certains pays.

(58) En réponse aux observations sur les engagements reçues à la suite de la communication publiée conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003, Rambus a modifié les engagements qu'elle avait offerts et a soumis une proposition modifiée le 14 août 2009, précisant que toutes les normes existantes du JEDEC relatives aux puces et contrôleurs de mémoire DRAM, dont les GDDR2, LPDDR et LPDDR2, sont couvertes et qu'elle accordera des licences à des conditions similaires pour les futures normes du JEDEC<sup>19</sup>. Elle a en outre supprimé la clause du détenteur de licence le plus favorisé.

### 5.2. Observations concernant les accords de licence par défaut et réponse

(59) Les accords de licence par défaut proposés par Rambus ont été publiés avec les engagements sur le site web de la direction générale de la concurrence en vue d'une consultation publique. Un certain nombre de parties ont indiqué à cette occasion que plusieurs des termes et conditions des contrats par défaut poseraient des difficultés pratiques aux éventuels détenteurs de licences.

(60) Selon certaines des parties ayant répondu à l'enquête, les conditions fixées laissent à Rambus la possibilité de réclamer des redevances fondées non pas sur le prix des puces et contrôleurs proprement dits, mais sur la valeur du produit final (tels que les PC, les téléphones mobiles et d'autres appareils intégrant des DRAM), même si les technologies pour lesquelles une licence est concédée ne représentent qu'un petit pourcentage de ce produit final.

(61) De l'avis des fabricants de puces DRAM, les clauses visant à garantir aux détenteurs de licences la possibilité d'acquiescer une licence groupée dans son intégralité, et non pas certains éléments de celle-ci seulement,

<sup>19</sup> Cf. annexe, p. 4, point 5.

sont disproportionnées. Ainsi, par exemple, une clause prévoyait, pour les puces SDRAM et DDR, un plafond du pourcentage pouvant être exonéré de redevances, le limitant à 10% du chiffre d'affaires du fabricant. Selon les fabricants, cette clause réduit et limite la valeur de l'engagement, étant donné que les SDRAM et DDR représentent plus de 10% de leurs activités. Ils estiment également qu'une autre clause pourrait contraindre un détenteur de licence à tirer une part significative de ses recettes des produits soumis à licence, ce qui empêcherait les détenteurs de licences de fabriquer d'autres produits pouvant remplacer et concurrencer les premiers.

(62) Enfin, plusieurs des parties ayant répondu à l'enquête soulignent que, dans les accords de licence par défaut, Rambus n'offre pas de protection contre les allégations d'infraction indirecte, contrairement à ses contrats précédents. Certaines parties se déclarent préoccupées par le fait qu'elles seraient alors exposées à des demandes excessives, en termes de responsabilité, pour des incitations présumées à commettre des infractions concernant la vente des produits supposés faire l'objet d'une licence.

(63) À la lumière des observations reçues concernant les accords de licence par défaut, Rambus a modifié ses engagements afin de clarifier les points contestés. Les termes et conditions de ces accords de licence par défaut ne font pas partie intégrante des engagements, mais constituent le moyen par lequel les engagements seront mis en œuvre en pratique. Rambus s'engage à ce que les termes et conditions de ces licences soient conformes à ses engagements, ainsi qu'à publier ces termes et conditions sur son site web.

(64) Rambus a précisé qu'elle entendait réclamer aux fabricants des redevances sur le produit proprement dit, tels que les DRAM ou les contrôleurs de mémoire, et s'engage ne pas réclamer de redevance pour ce même produit aux clients desdits fabricants.

(65) Elle a indiqué que la licence serait une licence groupée, à laquelle devraient souscrire toutes les entreprises d'un même groupe, ce qui rend les clauses contestées concernant le chiffre d'affaires superflues.

(66) Rambus a précisé que les redevances seraient fixées en fonction du prix de chaque puce vendue, et non du produit final. Si les puces sont incorporées dans

d'autres produits, c'est le prix de la puce elle-même qui restera déterminant. Rambus a fixé un plafond pour les redevances relatives aux contrôleurs de mémoire incorporés dans des puces à fonctions multiples.

(67) Rambus a modifié ses engagements de façon à inclure tous les brevets qu'elle acquerra pendant la durée de validité de cet engagement, dans la mesure où lesdits brevets ont trait aux normes couvertes par l'engagement.

### 5.3. Conclusion

(68) Dans l'ensemble, les observations reçues n'ont pas permis à la Commission de constater de nouveaux problèmes de concurrence; elles ne contenaient aucun point susceptible de l'amener à reconsidérer les craintes exprimées dans son évaluation préliminaire.

(69) À la lumière des résultats de la consultation des acteurs du marché, la Commission considère que, vu les précisions fournies concernant la portée, les licences groupées et la base de calcul des redevances, la suppression de la clause du détenteur de licence le plus favorisé, ainsi que le fait que les futurs brevets seront couverts par les engagements, les engagements proposés par Rambus sont à même de répondre aux préoccupations qu'elle a exprimées dans son évaluation préliminaire.

## 6. PROPORTIONNALITÉ DES ENGAGEMENTS MODIFIÉS

(70) Selon une jurisprudence constante, le principe de proportionnalité exige que les actes des institutions communautaires soient adéquats et ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché<sup>20</sup>. Lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux

<sup>20</sup> Arrêt du Tribunal de première instance du 19 juillet 1997 dans l'affaire T-260/94, *Air Inter/Commission*, point 144, *Rec.*, 1997, p. II-997, et arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-65/98, *Van den Bergh Foods/Commission*, point 201, *Rec.*, 2003, p. II-4653.

## JURISPRUDENCE

but visés<sup>21</sup>. Pour apprécier la proportionnalité des engagements proposés en vertu de l'article 9 du règlement (CE) n° 1/2003, la Commission tient compte du fait que ce n'est pas de sa propre initiative, à la suite d'une infraction établie en application de l'article 7, paragraphe 1, dudit règlement, qu'elle impose ces engagements, mais que ceux-ci sont volontairement proposés par l'entreprise cherchant à mettre fin à la procédure sans adoption d'une décision reconnaissant formellement l'existence d'une infraction.

(71) La Commission considère que les engagements sont, sous leur forme définitive, suffisants et nécessaires pour résoudre les problèmes qu'elle a constatés dans ses évaluations préliminaires. Les problèmes de concurrence découlant du fait que Rambus est susceptible d'avoir réclamé des redevances abusives pour l'utilisation de ses brevets, en fixant à cet effet des taux qu'elle n'aurait pu imposer si elle ne s'était pas livrée intentionnellement à une duperie, la Commission considère que les engagements sont proportionnés, puisqu'ils concernent précisément les taux de redevance pour les seules normes du JEDEC.

(72) Rambus convient de ne pas réclamer de redevances pour les normes SDRAM et DDR qui ont été adoptées alors que la Commission considérait, à titre provisoire, que Rambus était susceptible de s'être livrée intentionnellement à une duperie dans le cadre du processus de normalisation en ne révélant pas l'existence des brevets et des demandes de brevets dont elle a déclaré ultérieurement qu'ils concernaient les normes adoptées.

(73) Eu égard à l'avis préliminaire de la Commission selon lequel il existe des barrières très importantes à l'entrée sur le marché dues, essentiellement, à l'effet de verrouillage induit par les normes du JEDEC, et selon lequel les effets du comportement abusif allégué s'étendent aux normes ultérieures, le fait que Rambus s'engage à plafonner ses taux de redevances pour ces normes est adéquat et proportionné.

(74) Ensuite, Rambus s'engage à plafonner à 1,5% la redevance qu'elle réclamera pour les normes ultérieures, soit moins que le taux de 3,5% qu'elle réclamait auparavant pour les DDR dans ses contrats existants. Les engagements étendent ce taux à tous les acteurs du marché et garantissent à l'industrie des taux n'excédant pas les plafonds. Cette prévisibilité et cette certitude présentent une valeur évidente pour les entreprises. Les nouveaux entrants potentiels auront également une vision claire des futurs coûts de redevance, ce qui facilitera leur décision quant à une éventuelle entrée sur le marché.

(75) Les engagements seront obligatoires pour Rambus durant cinq ans au total. Cette durée est nécessaire et proportionnée, les précédents accords de licences de Rambus portant sur les puces DRAM et les contrôleurs de mémoire ont été conclus pour la même durée.

## 7. CONCLUSION

(76) En arrêtant une décision en application de l'article 9, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 1/2003, la Commission rend obligatoires les engagements offerts par les entreprises concernées pour répondre aux préoccupations exprimées dans son évaluation préliminaire. Le considérant 13 du règlement (CE) n° 1/2003 précise qu'une telle décision ne devrait pas établir s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction. L'appréciation faite par la Commission du caractère suffisant des engagements offerts pour répondre à ses préoccupations repose sur son évaluation préliminaire, qui représente son avis préliminaire à l'issue de son enquête et de son analyse, ainsi que sur les observations reçues des tierces parties à la suite de la publication d'une communication conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003.

(77) À la lumière des engagements offerts, la Commission considère qu'il n'y a plus lieu qu'elle agisse et, sans préjudice de l'article 9, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003, la procédure engagée en l'espèce est clôturée.

(78) La Commission conserve toute latitude pour enquêter sur les pratiques ne faisant pas l'objet de la présente décision et ouvrir à leur égard une procédure en application de l'article 102 du TFUE et de l'article 54 de l'accord EEE.

<sup>21</sup> Arrêt de la Cour de justice du 11 juillet 1989 dans l'affaire 265/87, *Schröder*, point 21, *Rec.*, 1989, p. 2237, et arrêt de la Cour de justice du 9 mars 2006 dans l'affaire C-174/05, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie et Stichting Natuur en Milieu*, point 28, *Rec.*, 2006, p. I-2243.

A arrêté la présente décision :

*Article premier*

Les engagements énumérés en annexe lient Rambus Inc. pour une durée totale de cinq ans à compter de la date d'adoption de la présente décision.

*Article 2*

Il est conclu qu'il n'y a plus lieu d'agir dans la présente affaire.

## Note d'observations

### Rambus déclare forfait. La Commission dans un fauteuil<sup>22</sup>.

« Je n'ai rien contre le fait que des droits de propriété intellectuelle soient introduits à la table de négociation des normes, mais ils doivent être rendus publics. N'importe quel économiste vous dira qu'il n'est possible de prendre une décision rationnelle entre plusieurs options que si vous pouvez comparer leurs bénéfices et leurs coûts. Et, soyons lucides, définir des prix FRAND (équitables, raisonnables et non discriminatoires) est une tâche difficile sur laquelle des gens raisonnables sont souvent en désaccord. La transparence est dans l'intérêt de chacun – il n'y a pas d'alternative. Pourquoi risquer un procès ? »<sup>23</sup>

2223

Depuis plus d'une décennie (Stratégie de Lisbonne, Agenda 2020), l'Union européenne poursuit l'objectif de développer une économie fondée sur la connaissance et l'innovation<sup>24</sup>. En droit de la concurrence, ce volontarisme a donné lieu à une série d'affaires impliquant plusieurs géants du secteur des hautes technologies – Intel<sup>25</sup>, Qualcomm<sup>26</sup>, Microsoft<sup>27</sup> – et

destinées à restaurer des conditions propices à la recherche et au développement.

Les organisations de normalisation (*Standard Setting Organisations – SSOs*) jouent un rôle prépondérant en matière d'innovation. En permettant aux différents acteurs d'un secteur économique de se concerter sur le développement des technologies futures, elles contribuent à définir les orientations de la recherche. La Commission européenne ne s'y trompe pas. Comme l'attestent les propos de Neelie Kroes, ancienne commissaire à la concurrence, aujourd'hui commissaire en charge de la société numérique, le droit des organisations de normalisation fait l'objet d'une attention toute particulière de la part des institutions européennes. Ainsi, les travaux de la Commis-

<sup>22</sup> L'auteur souhaite adresser ses plus vifs remerciements au professeur Nicolas Petit pour ses précieux conseils et commentaires.

<sup>23</sup> N. KROES, « Openness at the heart of the EU Digital Agenda », SPEECH/10/300, 10 juin 2010 (traduction libre).

<sup>24</sup> Communication de la Commission, Europe 2020. Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive, 3 mars 2010, COM(2010) 2020, p. 3.

<sup>25</sup> Commission decision of 13 May 2009 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement (COMP/C-3 /37.990 – Intel).

<sup>26</sup> Communiqué de presse de la Commission, « Antitrust : Commission closes formal proceedings against Qualcomm », 24 novembre 2009, MEMO/09/516.

<sup>27</sup> Décision de la Commission du 24 mars 2004 relative à une procédure d'application de l'article 82 du

traité CE (aff. COMP/C-3/37.792 – Microsoft); T.P.I., 17 septembre 2007, T-201/04, Microsoft c. Commission, Rec., 2007, p. II-03601; décision de la Commission du 16 décembre 2009 relative à une procédure d'application de l'article 102 TFUE et de l'article 54 de l'accord EEE (aff. COMP/C-3/39.530 – Microsoft (vente liée)).

## JURISPRUDENCE

sion ont pu aboutir à la mise en place de plusieurs textes légaux destinés à encadrer et protéger les activités des organisations de normalisation<sup>28</sup>. La transparence prônée par la Commission ne permet cependant pas de prévenir tous les comportements susceptibles de nuire au bon fonctionnement de ces organisations: des comportements stratégiques se font jour, mis en œuvre par des entreprises ambitionnant de détourner le processus de normalisation à leur profit.

Dans un souci affiché de mise en œuvre de l'ensemble des instruments juridiques disponibles, le droit de la concurrence est alors une fois de plus mobilisé. C'est ainsi que la Commission fédérale américaine pour le commerce (*US Federal Trade Commission*) fut amenée à se prononcer sur le comportement de Rambus, entreprise spécialisée dans la conception de matériel électronique, accusée d'avoir manipulé les résultats d'une organisation de normalisation au profit de ses propres technologies. Au terme de nombreuses procédures judiciaires, les autorités américaines finirent par écarter les allégations de violation du droit antitrust<sup>29</sup>. Dans l'intervalle, l'affaire rebondit une nouvelle fois. La Commission européenne, saisie sur plainte, défendit la thèse selon laquelle le comportement déployé par Rambus constituait une pratique d'« embuscade tendue au moyens de brevets » (*patent ambush – patent hold-up*)<sup>30</sup>. La décision commentée met un point final à cette saga judiciaire.

La présente note a pour objet de retracer le contexte économique et légal dans lequel s'inscrit l'affaire *Rambus* (I), de présenter les éléments de droit de la concurrence pouvant être mobilisés en réponse aux pratiques d'embuscade (II), avant d'examiner la décision en tant que telle (III), et de livrer plusieurs réflexions sur l'ensemble de la procédure (IV). Nous concluons (V) en soutenant que la décision d'engagements de Rambus tire la Commission d'une situation difficile.

## I. CONTEXTE DE L'AFFAIRE – LES ORGANISATIONS DE NORMALISATION

La mise au point de technologies nouvelles n'a jamais été aussi complexe. Il n'est plus rare aujourd'hui de voir deux entreprises concurrentes n'avoir d'autre choix que de s'allier pour concevoir et mettre sur le marché un produit nouveau. Dans le même temps, le nombre de brevets octroyés pour protéger l'une ou l'autre parcelle de technologie n'a jamais été aussi élevé. Ainsi, au cours des vingt dernières années, le nombre de brevets accordés de part et d'autre de l'Atlantique a été multiplié par quatre<sup>31</sup>. Des situations extrêmes apparaissent alors. À titre d'exemple, la technologie WCDMA<sup>32</sup>, pilier du fonctionnement de la téléphonie 3G, requiert l'utilisation de plus de 6000 brevets, détenus par plus de 30 entreprises différentes<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.*, 21 juillet 1998, L 204/37; communication de la Commission, lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale, *J.O.*, 6 janvier 2001, C 3/2.

<sup>29</sup> Cour d'appel du district de Columbia, 22 avril 2008, *Rambus c. FTC*, 07-1086.

<sup>30</sup> Décision de la Commission du 9 décembre 2009 relative à une procédure d'application de l'article 102 du

Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE (COMP/38.636 – *Rambus*) [ci-après: « décision *Rambus* »].

<sup>31</sup> Parlement européen, Scientific Technology Options Assessment (STOA), *Policy options for the improvement of the European patent system* (IP/A/STOA/FWC/2005-28/SC16), 2007, pp. 15 et 27.

<sup>32</sup> La technologie WCDMA (Wideband Code Division Multiple Access) est une technologie d'interface utilisée pour la téléphonie 3G.

<sup>33</sup> F. LEVEQUE et Y. MENIERE, « Technology Standards, Patents and Antitrust », *Competition and Regulation in Network Industries*, vol. 9, n° 1, mars 2008, p. 30.

C'est dans ce contexte qu'opèrent actuellement les organisations de normalisation, décor de l'affaire *Rambus*.

Afin de permettre l'élaboration de technologies complexes, mais aussi afin de proposer un référentiel technique commun susceptible d'être utilisé par tous, les différentes entreprises d'un secteur peuvent se grouper afin de définir ce qu'il conviendra d'appeler une norme (*standard*)<sup>34</sup>. Dans ce cas, les membres de l'organisation de normalisation comparent et mettent en concurrence les différentes technologies disponibles, puis constituent la norme par négociations. De nombreuses normes ont ainsi été conçues, le DVD, le Blu-ray, et le format MPEG n'étant que quelques exemples de ce phénomène<sup>35</sup>.

Lorsque la norme n'est pas définie par une organisation de normalisation, le choix entre plusieurs technologies concurrentes se fait par le fonctionnement normal du marché. En d'autres termes, ce sont les consommateurs qui, par leurs décisions d'achat, élisent la technologie devant finalement s'imposer. On parle

alors de guerre des normes (*standard war*)<sup>36</sup>. Le marché des magnétoscopes, sur lequel Sony opposait la technologie Betamax au format de cassettes VHS de son concurrent Matsushita, constitue un exemple classique de ce type de phénomène<sup>37</sup>. De pareils affrontements entre technologies incompatibles perdurent encore aujourd'hui, comme c'est notamment le cas sur le marché des consoles de jeux entre Nintendo, Sony et Microsoft, ou sur le marché des systèmes d'exploitation entre Microsoft, Linux et Apple.

L'élaboration de normes au sein d'organisations de normalisation revient donc à déplacer le processus concurrentiel d'affrontement des technologies, des consommateurs vers les entreprises. C'est alors à ces dernières qu'échoit la tâche de comparer les qualités et les inconvénients des différentes technologies disponibles, puis d'arbitrer les orientations techniques de l'industrie<sup>38</sup>.

Dans de nombreux cas, les différentes composantes de la norme seront juridiquement protégées. L'octroi de licences aux entreprises désireuses de mettre en œuvre la norme peut constituer une source importante de revenus. Il n'est dès lors pas surprenant que les

<sup>34</sup> «Les accords de normalisation ont pour objectif premier la définition d'exigences techniques ou d'exigences de qualité auxquelles des produits, processus, services ou méthodes de production actuels ou futurs peuvent répondre. Ces accords peuvent avoir différents objectifs, tels que la normalisation de différentes qualités ou tailles d'un produit donné ou des spécifications techniques propres à des marchés de produits ou de services où la compatibilité et l'interopérabilité avec d'autres produits ou systèmes sont essentielles». Communication de la Commission, projet, lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, SEC(2010) 528 [ci-après: «Projet de nouvelles lignes directrices sur les accords de coopération horizontale»], p. 75, para. 252.

<sup>35</sup> J. BARON et H. DELCAMP, «Strategic inputs into patent pools», *CERNA Mines ParisTech Working Paper No. 2010-05*, juillet 2010, p. 3 ([www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)). Le format MPEG est une technologie de codage des fichiers audiovisuels.

<sup>36</sup> La guerre des normes peut encore être définie comme la «bataille pour la domination du marché entre deux technologies incompatibles». C. SHAPIRO et H. VARIAN, «The Art of Standards Wars», *California Management Review*, vol. 41, n° 2, 1999, p. 8.

<sup>37</sup> Quelques années plus tard, face au succès des cassettes VHS – moins chères et bénéficiant de capacités d'enregistrement supérieures – Sony n'eut d'autre choix que de déposer les armes et de commercialiser à son tour des magnétoscopes au format de son concurrent. US Department of Justice & Federal Trade Commission, *Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition*, 2007, p. 34 (available at: [www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf](http://www.usdoj.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf)).

<sup>38</sup> FTC, Opinion of the Commission, 2 août 2006, In the Matter of Rambus, Inc., Docket No. 9302, p. 3. (<http://www.ftc.gov/os/adjpro/d9302/060802commissionopinion.pdf>).

## JURISPRUDENCE

entreprises titulaires de brevets se montrent soucieuses de promouvoir l'inclusion de leur technologie dans l'accord de normalisation, voyant dans ce mécanisme une opportunité sans égale d'obtenir la dissémination rapide de leur technologie ainsi qu'un rapide retour sur investissements.

Comme l'établit la décision commentée<sup>39</sup>, la négociation d'accords de normalisation offre potentiellement de nombreux avantages. Ainsi, l'élaboration d'un accord de normalisation permettant de regrouper les meilleures techniques disponibles est susceptible de donner lieu à la mise en place d'une norme de meilleure qualité que celle qui viendrait à émerger si chaque entreprise devait se limiter à faire usage de ses propres technologies. En outre, l'incorporation d'une même technologie dans divers produits est également susceptible de permettre aux fabricants de réaliser des économies d'échelles et, partant, de réduire leurs prix<sup>40</sup>. Le principal avantage des accords de normalisation consiste toutefois à rendre possible l'interopérabilité des biens produits par deux entreprises concurrentes, afin de permettre par exemple à deux ordinateurs de communiquer ensemble, ou – plus modestement, comme dans l'affaire *Rambus* – à une puce mémoire d'être utilisée sur des appareils de marques ou de factures différentes.

L'intervention d'organismes de normalisation peut cependant avoir un certain nombre d'effets indésirables. Deux dangers existent tout particulièrement. Le premier est que les organismes de normalisation fournissent à des entreprises concurrentes l'opportunité de s'entendre sur les conditions de fonctionnement

du marché (risque de collusion)<sup>41</sup>. Le second est de voir les organisations de normalisation devenir le théâtre d'«embuscades tendues au moyen de brevets», ainsi que l'a suspectée la Commission dans l'affaire *Rambus* (risque de forclusion).

En effet, si la mise en œuvre d'un accord de normalisation prévoit l'usage d'inventions brevetées, l'entreprise titulaire de brevets risque de refuser de donner l'autorisation d'utiliser sa technologie, ou de négocier cette autorisation au prix fort<sup>42</sup>. En temps normal, une entreprise qui se voit refuser l'accès à une technologie est libre de l'abandonner pour se tourner vers des procédés alternatifs de fabrication. Dans ce cas, le coût supporté par l'entreprise devant se détourner de son premier choix se limite à devoir adopter une technologie éventuellement moins efficace. Il en va cependant autrement lorsque l'invention à laquelle l'accès est requis fait partie intégrante d'un accord de normalisation et que la mise en œuvre de la norme a nécessité une adapta-

<sup>41</sup> « Les discussions menées dans le cadre de la normalisation, comme toutes les réunions entre concurrents, peuvent être l'occasion de réduire ou d'éliminer la concurrence par les prix sur les marchés en cause, facilitant ainsi une collusion sur le marché ». Projet de nouvelles lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, pp. 76-77, para. 258-261. La décision commentée exprime un *a priori* similaire: « La normalisation fournit aux entreprises un forum où débattre de l'exclusion de certains produits ou technologies du marché », décision *Rambus*, para. 30.

<sup>42</sup> La Commission exprime encore cette problématique dans son projet de nouvelles lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, p. 77, para. 262: « Étant donné qu'une norme peut constituer une barrière à l'entrée, une entreprise (ou, éventuellement, plusieurs entreprises) détenant des droits de propriété intellectuelle (DPI) essentiels dans une norme pourrait contrôler l'utilisation de celle-ci et, de cette manière, le marché de produits ou de services auquel se rapporte la norme. Cela pourrait alors permettre à l'entreprise en question d'abuser de sa position dominante, qui soutirerait des rentes excessives en retenant les utilisateurs après l'adoption de la norme ».

<sup>39</sup> Décision *Rambus*, para. 31.

<sup>40</sup> P. CHAPPATTE, « FRAND Commitments—The Case for Antitrust Intervention », *European Competition Journal*, août 2009, pp. 322-323.

tion des capacités de production. On dit alors que l'entreprise souhaitant mettre en œuvre la norme est enfermée (*locked-in*) dans son industrie: le choix d'une technologie alternative requérant l'abandon de tous les investissements faits jusque-là, le titulaire du brevet se trouve en position de force pour obtenir le paiement d'une redevance ne reflétant plus la valeur commerciale de sa technologie, mais la valeur des investissements faits pour mettre en œuvre la norme<sup>43</sup>. Si la norme est l'unique voie d'accès au marché, le titulaire de brevets a alors tout pouvoir pour forclure les entreprises ne répondant pas à ses conditions<sup>44</sup>.

Deux instruments permettent de répondre à ce type de menace: les règlements internes aux organisations de normalisation d'une part, et le droit de la concurrence, d'autre part.

Les organismes de normalisation sont dotés de règlements internes destinés à prévenir l'organisation d'embuscades. Ces règlements prévoient généralement l'obligation, pour chacun des membres de l'organisation, de divulguer les éventuels brevets détenus, ainsi que les éventuelles demandes d'enregistrement introduites et susceptibles de porter sur l'une des composantes de la norme en cours de négociation. Ce type d'obligation de divulgation a pour objectif de permettre aux participants de prendre la décision d'intégrer un brevet à la norme en pleine connaissance de cause (le cas échéant, avec négociation immédiate sur les conditions de la licence),

ou de faire le choix d'intégrer une technologie alternative. À cette obligation de divulgation, de nombreuses organisations ajoutent, pour les titulaires de brevets, l'obligation de négocier avec toute entreprise qui le souhaite un contrat de licence conclu sur la base de conditions «raisonnables et non discriminatoires» (*Reasonable And Non-Discriminatory – RAND*)<sup>45</sup>.

Les règlements internes aux organisations de normalisation ne permettent cependant pas toujours de prévenir efficacement les menaces d'embuscades. En effet, la majorité des commentateurs s'accordent à dire qu'à défaut de définition précise, l'obligation de conclure un contrat de licence sur la base de conditions «raisonnables et non discriminatoires», demeure sans force réelle<sup>46</sup>. En outre, invoquer le non-respect de l'obligation de donner licence à des conditions raisonnables et non discriminatoires dans le cadre d'une action en contrefaçon initiée par le titulaire du brevet consiste, pour celui qui l'invoque, à soulever une exception dont il reste ensuite à assumer la charge de la preuve. Une telle solution, insatisfaisante en ce que le caractère imprécis de l'obligation du titulaire du brevet ne laisse que peu de chances à la victime d'une embuscade d'établir le manquement de son adversaire,

<sup>43</sup> C. SHAPIRO, «Navigating the Patent Thicket: Cross licences, Patent Pools, and Standard Setting», in A. JAFFE, J. LERNER et S. STERN (dir.), *Innovation Policy and the Economy*, vol. 1, Cambridge, MA, MIT Press, 2001, p. 142.

<sup>44</sup> «Tout fabricant désireux de produire des puces ou des jeux de puces DRAM synchrones conformes aux normes du JEDEC doit par conséquent, soit obtenir une licence de brevet de la part de Rambus, soit contester en justice les droits de brevets revendiqués par cette dernière», décision *Rambus*, para. 21.

<sup>45</sup> Certains commentateurs défendent ainsi la thèse selon laquelle le droit de la concurrence ne devrait pas être appliqué aux embuscades pouvant survenir dans le cadre d'organismes de définition de normes, et que le droit contractuel devrait seul suffire à remédier à ce type de comportements. D. GÉRARDIN et M. RATO, «FRAND Commitments and EC Competition Law: A Reply to Philippe Chappatte», *European Competition Journal*, avril 2010, p. 145.

<sup>46</sup> L. GOLDSTEIN et B. KEARSY, *Technology Patent Licensing: An International Reference on 21st Century Patent Licensing, Patent Pools and Patent Platforms*, Boston, Aspatore Books, 2004, p. 283; R. RAPP et L. STIROH, «Standard Setting and Market Power», *Joint Hearings of the US Department of Justice and Federal Trade Commission on Competition and Intellectual Property and Policy in the Knowledge-Based Economy*, 18 avril 2002, p. 9 (<http://www.ftc.gov/opp/intellect/020418rappstiroh.pdf>).

incite à la recherche de solutions extérieures au droit contractuel<sup>47</sup>.

## II. ÉLÉMENTS DE DROIT DE LA CONCURRENCE

Le droit de la concurrence est souvent invoqué pour tenter de remédier aux cas d'embuscade. Il existe deux grands types d'infractions au droit de la concurrence : la constitution d'ententes entre entreprises (article 101 TFUE<sup>48</sup>), et l'abus de position dominante (article 102 TFUE). Le recours à ces deux dispositions a été envisagé, tour à tour, afin de contraindre le titulaire de brevets à donner licence à des conditions raisonnables et non discriminatoires.

L'article 101 TFUE prévoit que tout accord ayant pour effet de restreindre la concurrence entre entreprises est illégal, à moins que cet accord ne contribue à promouvoir le progrès technique ou économique, qu'une partie équitable du profit qui en résulte soit transmise aux consommateurs (par exemple, via une baisse de prix du produit final), que l'accord soit indispensable à la réalisation de l'avancée économique en question, et qu'il n'ait pas pour effet d'éliminer la concurrence.

Cette dernière condition, tout particulièrement, conduit certains observateurs à affirmer qu'il incombe aux titulaires de brevets essentiels à la mise en œuvre d'un accord de normalisation de proposer leur technologie sur la base de conditions raisonnables et non discriminatoires. Faute de quoi, l'accord aurait pour effet d'exclure certains concurrents du marché aval et serait illégal au sens de l'article 101 TFUE<sup>49</sup>.

Ce point de vue n'est cependant pas partagé par tous. En effet, il n'est pas toujours établi que l'accord de normalisation ait pour effet de restreindre la concurrence<sup>50</sup>. D'autre part, la violation de l'article 101 TFUE est habituellement sanctionnée par la nullité de l'accord, solution indésirable en l'espèce<sup>51</sup>. Les esprits se tournent alors vers l'article 102 TFUE.

L'article 102 TFUE prohibe les abus de position dominante. Pour qu'une entreprise puisse être considérée comme occupant une position dominante, le droit de la concurrence commande le respect d'une procédure en deux temps, impliquant la définition du marché pertinent, puis l'examen de la position occupée sur ce marché par l'entreprise cible des investigations de la Commission. Ce n'est qu'ensuite que sera examinée la question de savoir si l'entreprise en cause a adopté un comportement pouvant être jugé abusif.

La définition du marché pertinent constitue un élément clef du raisonnement en droit de la concurrence, destiné à replacer dans son contexte économique un accord (article 101 TFUE), ou un comportement unilatéral (article 102 TFUE), afin de pouvoir en évaluer les éventuels effets anticoncurrentiels<sup>52</sup>. Aussi incombe-t-il à la Commission de déterminer quels sont les biens que le consommateur considère comme interchangeables ou subs-

<sup>47</sup> P. CHAPPATTE, « FRAND Commitments and EC Competition Law: A Rejoinder », *European Competition Journal*, avril 2010, p. 176.

<sup>48</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>49</sup> P. CHAPPATTE, « FRAND Commitments – The Case for Antitrust Intervention », *op. cit.*, p. 332.

<sup>50</sup> D. GÉRADIN et M. RATO, *op. cit.*, p. 164.

<sup>51</sup> P. CHAPPATTE, « FRAND Commitments – The Case for Antitrust Intervention », *op. cit.*, p. 332.

<sup>52</sup> En effet, comme l'exprime la Commission européenne : « La définition du marché permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises. Elle permet d'établir le cadre dans lequel la Commission applique la politique de la concurrence. Son objet principal est d'identifier de manière systématique les contraintes que la concurrence fait peser sur les entreprises en cause », communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.*, 9 décembre 1997, C-372, p. 5, para. 2.

tituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés<sup>53 54</sup>.

Après que le marché pertinent a été défini, il incombe encore à l'autorité publique d'apprécier la position occupée sur ce marché par l'entreprise faisant l'objet de ses investigations. La définition la plus classique donnée à la notion de position dominante réfère à l'idée d'indépendance de l'entreprise en cause. Ce n'est que si une entreprise est à même de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs<sup>55</sup> – bref, si elle est libre de la plupart des contraintes concurrentielles et qu'elle est à même d'augmenter ses prix au-dessus de ses coûts dans une mesure appréciable –, qu'elle sera considérée comme dominante<sup>56</sup>.

L'évaluation des coûts d'une entreprise étant cependant difficile à réaliser, la Commission se réfère à d'autres facteurs pour apprécier l'existence d'une position dominante.

Considérant que plus une entreprise occupe une part de marché importante, plus il est probable qu'elle soit dominante, la Commission étudie la répartition des parts de marché<sup>57</sup>. Ce critère ne constitue cependant pas l'unique élément auquel l'autorité publique a égard<sup>58</sup>. Un examen des barrières à l'entrée<sup>59</sup> est également requis afin de déterminer si l'apparition de nouveaux concurrents est suffisamment crédible pour empêcher une domination du marché. Ce n'est que dans l'hypothèse où des barrières font obstacle à l'entrée de nouveaux concurrents que l'entreprise en cause pourra définir son comportement en toute indépendance, et, à terme, augmenter ses prix.

Enfin, le droit européen ne condamne pas la position dominante. Seul l'*abus* par une entreprise de sa position de force sur le marché est

<sup>53</sup> *Ibidem*, para. 7. Précisons que la notion de marché pertinent comprend plusieurs dimensions. À la notion de marché pertinent des produits sont ajoutées celles de marché géographique et de marché temporel. Chacune de ces notions contribue à préciser les frontières du marché en cause.

<sup>54</sup> La définition du marché pertinent joue souvent un rôle stratégique dans la qualification d'une infraction au droit de la concurrence. Plus le marché pertinent est défini de manière étroite – plus le nombre de biens envisagés comme interchangeable aux yeux du consommateur est faible –, plus l'intervention d'une ou d'un petit nombre d'entreprises est susceptible d'avoir d'impact sur ce marché et de justifier l'intervention de l'autorité publique. Si, par exemple, en matière de transport automobile, les consommateurs ne considèrent pas comme interchangeables les véhicules deux roues et les poids lourds, la vente de chacun de ces types de véhicules constituera un marché pertinent en soi, impliquant un nombre peu élevé de constructeurs, dont les comportements respectifs seront plus à même de restreindre la concurrence.

<sup>55</sup> CJ, 14 février 1978, C-27/76, *United Brands c. Commission, Rec.*, 1978, p. 207, para. 65.

<sup>56</sup> «La Commission considère qu'une entreprise capable d'augmenter les prix rentablement au-delà du niveau concurrentiel pendant une longue période ne subit pas de pressions concurrentielles effectives suffisantes et peut donc, d'une manière générale, être considérée comme dominante». Communication de la Commission, «Orientations sur les priorités retenues par la

Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes», *J.O.*, 24 février 2009, C-45/2 [ci-après: «document d'orientation sur l'article 82»], para. 11.

<sup>57</sup> La jurisprudence considère ainsi qu'une entreprise occupant une part de marché de 50% ou plus est présumée comme étant en situation de domination du marché (CJ, 3 juillet 1991, C-62/86, *AKZO Chemie c. Commission, Rec.*, 1991, p. I-3359, para. 60).

<sup>58</sup> D'autres éléments sont aussi pris en considération: l'existence ou l'absence de clients suffisamment puissants pour bénéficier d'une puissance compensatrice d'achat et exercer une pression concurrentielle contre leur fournisseur; l'évolution des parts de marché dans le temps; l'étude des parts de marché des plus proches concurrents de l'entreprise en position dominante.

<sup>59</sup> Tout élément susceptible de freiner l'entrée d'une entreprise sur un nouveau marché constitue une barrière à l'entrée. Constituent des exemples de barrière à l'entrée: l'importance du montant des capitaux requis pour investir le marché, les économies d'échelles dont bénéficient les entreprises en place en raison de leur grande taille, ou un accès restreint à des technologies ou ressources naturelles indispensables, Document d'orientation sur l'article 82, para. 12.

## JURISPRUDENCE

prohibé<sup>60</sup>. Les comportements susceptibles d'être considérés comme abusifs ne font pas l'objet d'une liste bien établie. Si plusieurs types d'abus sont clairement identifiés (ex.: imposition de prix excessifs, discrimination tarifaire, prédation, ...), les autorités de la concurrence restent libres de qualifier d'abusifs de nouveaux types de comportements. En toute logique, l'appréciation du caractère abusif du comportement de l'entreprise dominante se fera à l'aune de l'objectif assigné à l'article 102 TFUE, à savoir la protection du bien-être des consommateurs<sup>61</sup>, généralement obtenue par la mise en place d'une concurrence par les mérites. On ne s'étonnera pas, dès lors, de l'inclination de la Commission à agir à l'encontre des pratiques d'embuscades tendues au moyen de brevets, tant celles-ci – encore qualifiées de « *duperies* » –, semblent être en contradiction flagrante avec une concurrence par les mérites.

### III. LA DÉCISION D'ENGAGEMENTS DE RAMBUS

Suite à la plainte introduite par deux entreprises – les entreprises Infineon et Hynix – la Commission adressa à Rambus un document de communication des griefs. La communication des griefs ouvre officiellement la procédure d'investigation susceptible, à terme, de déboucher sur une décision établissant l'existence d'une infraction au droit de la concurrence. La communication des griefs ne préjuge pas du dénouement final de la procédure.

Le JEDEC (*Joint Electron Device Engineering Council*) est la principale organisation de

normalisation pour l'industrie de la microélectronique. Dans le cadre du JEDEC, plusieurs accords de normalisation ont été élaborés pour les puces DRAM (*Dynamic Random Access Memory chips*) utilisées comme mémoire électronique pour le matériel informatique. Dans son évaluation préliminaire de l'affaire, la Commission soutient la thèse selon laquelle Rambus a usé des informations mises à sa disposition en tant que membre du JEDEC pour revoir et adapter les brevets qu'elle détenait sur la technologie d'interface DRAM. Rambus s'abstint de déclarer les brevets ainsi obtenus et finalement intégrés dans les normes du JEDEC.

Dès l'abord, la Commission situe son analyse sur le terrain de l'article 102 TFUE. Le marché en cause est alors défini comme étant « le marché de la technologie d'interface DRAM », sans que la Commission juge utile d'examiner s'il existe un marché unique regroupant l'ensemble des technologies d'interface ou s'il existe une pluralité de marchés distincts pour les différentes sous-technologies<sup>62</sup>.

La question des parts de marché fait également l'objet d'un traitement rapide de la part de la Commission, qui se limite à mettre dos à dos le fait que plus de 96% des ventes de puces DRAM sont conformes aux normes du JEDEC et que Rambus revendique des brevets sur toutes les puces conformes aux normes du JEDEC. La Commission consacrera par contre plus de développements à la question des barrières à l'entrée, estimant vraisemblablement que s'il peut être démontré que l'industrie est enfermée dans la norme en raison des investissements réalisés pour sa mise en œuvre, Rambus, n'ayant plus de concurrence à craindre, devra *ipso facto* être considéré comme dominant sur le marché des licences pour interfaces DRAM. À l'appui

<sup>60</sup> En décider autrement aurait le double effet d'interdire systématiquement la constitution de grandes entreprises, seules à même de dégager les fonds nécessaires à des programmes d'investissement de grande ampleur, et de décourager les entreprises d'essayer de s'imposer sur le marché en améliorant leur efficacité de fonctionnement.

<sup>61</sup> Document d'orientation sur l'article 82, para. 19.

<sup>62</sup> Décision *Rambus*, para. 16.

de la thèse selon laquelle un changement de norme impliquerait des frais trop élevés, la Commission invoquera ainsi, tour à tour: le temps et les coûts considérables que requiert la négociation d'une nouvelle norme impliquant l'ensemble des acteurs d'un secteur, les difficultés qu'il y a à convaincre le consommateur de changer de technologie, les tests industriels devant précéder la mise en place d'une nouvelle norme, ainsi que les modifications requises pour permettre une production à grande échelle<sup>63</sup>.

En ce qui concerne la définition du comportement abusif, la Commission présente ici une nouvelle typologie d'abus, spécialement mise au point pour les cas d'embuscades. Aux dires de la Commission, l'abus consiste, pour une entreprise dominante, à réclamer des redevances pour l'utilisation de ses brevets «en fixant à cet effet des taux de redevance qu'elle n'aurait pas pu imposer si elle ne s'était pas livrée intentionnellement à [une] duperie». L'abus consiste donc à réclamer un prix supérieur au prix qui aurait pu être demandé si l'entreprise n'avait pas créé des «circonstances spécifiques» en procédant «à la suppression des informations pertinentes»<sup>64</sup>.

Deux ans après la communication des griefs, Rambus décida de présenter une liste d'engagements destinés à rencontrer les préoccupations exprimées par la Commission et à obtenir la fermeture de la procédure lancée à son encontre<sup>65</sup>. La décision d'engagement

survient alors que Neelie Kroes arrive au terme de son mandat en tant que commissaire à la concurrence et souhaite clore plusieurs affaires difficiles pour laisser les mains libres à son successeur<sup>66</sup>. Il s'agit alors également pour la Commission d'obtenir un résultat tangible après que les investigations lancées à l'encontre de Qualcomm, seule autre entreprise à avoir été suspectée d'embuscade, n'ont pas permis d'aboutir à une condamnation. Les deux parties souhaitent mettre fin à l'affaire; un accord est trouvé. Rambus s'oblige à ne réclamer aucune redevance pour les normes adoptées à l'époque où l'entreprise était membre du JEDEC, et à limiter ses prétentions à 1,5% pour les normes ultérieures<sup>67</sup>.

#### IV. COMMENTAIRES

La décision examinée appelle plusieurs commentaires. Il convient au préalable de rappeler que cette décision ne constate, ni ne sanctionne, une infraction au droit européen de la concurrence. Il s'agit d'une décision imposant des engagements, prise en vertu de l'article 9 du règlement 1/2003. La Commission y rappelle ses préoccupations initiales (telles que formulées à titre préliminaire dans la communication des griefs) mais constate que les engagements proposés par Rambus y répondent. La motivation de la décision est donc nécessairement succincte.

Ceci étant, à plusieurs reprises, la Commission paraît s'éloigner de l'orthodoxie des principes d'analyse exposés ci-avant. On relèvera d'abord que la Commission ne définit pas le **marché pertinent**. Des critiques sévères ont

<sup>63</sup> Décision *Rambus*, para. 22-26.

<sup>64</sup> Décision *Rambus*, para. 28 et 39. On notera que la Commission prend soin de préciser que le caractère abusif des embuscades tendues au moyen de brevets est indépendant de l'existence d'un éventuel règlement interne, propre à l'organisation de normalisation, et imposant une obligation de divulgation des brevets détenus par ses membres.

<sup>65</sup> La procédure d'engagement est prévue à l'article 9 du règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence

prévues aux articles 81 et 82 du Traité, *J.O.* L 1 du 4 janvier 2003, p. 1.

<sup>66</sup> N. PETIT, «The "Last Hundred Days" Strategy – Is the Qualcomm Case Over?», *Chillin'Competition*, 21 octobre 2009 (<http://chillingcompetition.com/>).

<sup>67</sup> Sur le mode de calcul qui a conduit la Commission à accepter une telle redevance, voy.: Rejection Decision, 15 janvier 2010, Case COMP/C-3/ 38 636 – *Rambus*.

été formulées à cet égard<sup>68</sup>, par des commentateurs tirant argument du fait que la jurisprudence européenne considère la définition du marché comme une « précondition nécessaire »<sup>69</sup> à une quelconque décision d'abus. Ces critiques doivent être modérées. À n'en pas douter, la définition préalable du marché pertinent n'a qu'un seul objectif: veiller à ce que la Commission établisse l'existence d'une position dominante sans erreur. Dès lors, si la Commission parvient à établir que, quel que soit le marché retenu (un marché général des technologies d'interfaces, ou l'un de ses sous-marchés), Rambus doit être considéré comme dominant, la question du marché pertinent aura été solutionnée. En outre, plusieurs éléments indiquent que la Commission s'est interrogée sérieusement sur la question du marché en cause et laissent à penser qu'elle aurait été à même de définir le marché pertinent si elle avait été conduite à adopter une décision définitive. La décision d'engagement indique par exemple, que le marché géographique des puces DRAM est un marché de dimension mondiale. De même, le fait que les engagements de Rambus soient limités à cinq ans, indique que la Commission a pris en considération la capacité d'obsolescence de la technologie en cause pour conclure que le marché pertinent était affecté d'une frontière temporelle.

La question de la détention d'une **position dominante** par Rambus est plus délicate. Une partie de la doctrine s'attache à défendre l'idée selon laquelle il est hautement improbable qu'un brevet essentiel à l'utilisation d'une norme puisse accorder à son titulaire une posi-

tion dominante<sup>70</sup>. Selon ce courant, l'entreprise en cause serait soumise à diverses pressions faisant obstacle à un comportement indépendant de domination du marché. Les arguments développés en ce sens ne s'appliquent cependant pas à tous les cas de normalisation, comme nous allons le voir.

Il est allégué que le titulaire de brevets n'aurait pas la possibilité de hausser le prix de ses licences s'il souhaite lui-même fabriquer le produit fini, fruit de la norme. À défaut, il s'exposerait aux représailles des autres contributeurs à la norme réclamant à leur tour une redevance plus lourde pour leur technologie<sup>71</sup>. Cet argument, quoique convaincant, connaît rapidement ses limites. Ainsi, dans les cas où la norme inclut des brevets détenus par des entreprises qui, comme Rambus, ne fabriquent pas le produit fini et ne souhaitent donc pas acquérir d'autres licences, ce garde-fou ne sera d'aucun secours.

Ensuite, le titulaire de brevets n'aurait pas la possibilité de hausser ses prix en raison de la concurrence exercée par les autres titulaires de brevets inclus dans la norme. Le prix pouvant être réclamé pour le bien finalement mis sur le marché connaissant une limite, la pression interne exercée par les autres titulaires de brevets aurait pour effet de limiter le prix pouvant être réclamé par l'entreprise en cause<sup>72</sup>. À nouveau, la pertinence de ce raisonnement est limitée. Il ne trouvera notamment pas à s'appliquer toutes les fois où les autres

<sup>68</sup> J. KILLICK et P. BERGHE, « Rambus: An overview of the issues in the case and future lessons for SSO's when designing IPR policies », *Concurrences Tendances*, n° 2-2010, p. 7.

<sup>69</sup> T.P.I., 11 décembre 2003, T-61/99, *Adriatica di Navigazione SpA c. Commission, Rec.*, 2003, p. II-5349.

<sup>70</sup> D. GÉRADIN et M. RATO, « Can Standard-Setting Lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Hold-Up, Royalty-Stacking and the Meaning of FRAND », *European Competition Journal*, 2007, n° 3, pp. 146 et s.

<sup>71</sup> D. GÉRADIN et M. RATO, « FRAND Commitments and EC Competition Law: A Reply to Philippe Chappatte » *op. cit.*, p. 136.

<sup>72</sup> D. GÉRADIN et M. RATO, « Can Standard-Setting Lead to Exploitative Abuse? A Dissonant View on Patent Hold-Up, Royalty-Stacking and the Meaning of FRAND », *op. cit.*, pp. 146 et s.

titulaires de brevets ne pourront pas hausser leur prix, que ce soit parce qu'ils ont déjà contractuellement fixé le montant de leurs licences, ou parce que, producteurs du bien, ils n'ont aucun intérêt à participer à un mouvement de hausse des redevances.

Enfin, les normes étant elles-mêmes remplacées par d'autres normes, la menace d'être exclu de la table des négociations pour la prochaine génération de normes suffirait à prévenir l'apparition d'une position dominante<sup>73</sup>. L'économie comportementale tend cependant à contredire un tel raisonnement. En règle générale, les agents économiques préfèrent un gain immédiat à la perspective d'un gain futur<sup>74</sup>. En outre, il est possible que les fabricants ne puissent pas s'affranchir de l'effet de capture. Dans ce cas, ils préféreront continuer à payer le prix fort pour le maintien d'une seconde itération de la technologie litigieuse dans la nouvelle norme, plutôt que de devoir adopter une technologie totalement inconnue.

Il résulte de ces différentes considérations que si les hypothèses d'embuscades débouchant sur une position dominante sont rares, elles ne sont pas pour autant impossibles. En l'occurrence, la Commission règle essentiellement la question de la position dominante de Rambus par référence à un supposé effet d'enfermement<sup>75</sup>. La Commission justifie cet effet d'enfermement par des observations d'ordre général, applicables à tous les cas de normalisation. Un tel effet d'enfermement demande

pourtant à être prouvé dans les circonstances de la cause<sup>76</sup>.

En l'espèce, la Commission reste en défaut de prouver l'existence de l'effet d'enfermement. Elle manque par exemple à établir que la norme ne pourrait pas être renégociée à moindre coût afin d'en exclure les seules composantes sur lesquelles Rambus détient des droits. À cet égard, il est intéressant de relever que la question de savoir si l'industrie était enfermée dans les normes DRAM élaborées par le JEDEC a été intensément discutée devant les juridictions américaines et qu'il a pu être arrêté que les producteurs de puces n'avaient jamais subi d'effet d'enfermement<sup>77</sup>.

Après la question du marché pertinent et celle de l'existence d'une position dominante, la définition de l'**abus** suscite à son tour plusieurs remarques. Selon la Commission, l'abus de Rambus consiste, dans les « circonstances spécifiques » de la cause, à avoir fixé un « taux de redevance qu'elle n'aurait pas pu imposer si elle ne s'était pas livrée intentionnellement à [une] duperie ». Ce test diffère significativement du test applicable jusqu'alors en matière d'abus pour prix excessifs. En effet, conformément à la jurisprudence européenne la plus classique, l'imposition de prix excessifs n'est

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 146 et s.

<sup>74</sup> Cette tendance dépend toutefois pour beaucoup de la manière dont les perspectives futures sont perçues. Voy. D. KAHNEMAN, « Maps of Bounded Rationality: Psychology for Behavioral Economics », *American Economic Review*, 2003, Vol. 93, p. 1456.

<sup>75</sup> Sur l'effet d'enfermement, voy. *supra*, point I.

<sup>76</sup> La science économique indique que la question de savoir si l'inclusion d'une technologie dans une norme accroît la valeur de celle-ci est une question qui ne peut être examinée qu'au cas par cas : « *We argue that the question of SSO granted market power should be considered separately for each individual SSO, standard, and patent.* ». A. LAYNE-FARRAR et A. JORGE PADILLA, « Assessing the Link between Standard Setting and Market Power », mars 2010, p. 36 ([www.ssrn.com](http://www.ssrn.com)).

<sup>77</sup> « *DRAM manufacturers were not locked in to using Rambus' technologies at any point of time.* ». Chief Administrative Law Judge of the Federal Trade Commission, 23 février 2004, In the matter of Rambus, Docket 9301. Cette décision fut par la suite réformée par la FTC siégeant en séance plénière (2 août 2006, *op. cit.*), avant que la Cour d'appel du district de Columbia n'intervienne à son tour et ne renverse cette dernière décision (22 avril 2008, *op. cit.*).

## JURISPRUDENCE

sanctionnée que « s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé et, dans l'affirmative, (...) s'il y a imposition d'un prix inéquitable, soit au niveau absolu, soit par comparaison avec les produits concurrents »<sup>78</sup>.

La Commission recourt donc à un nouveau test pour incriminer l'imposition de prix excessifs en cas d'embuscade, vraisemblablement en raison du caractère notoirement impraticable<sup>79</sup> de la jurisprudence antérieure. Pour ce faire, la Commission invoque les circonstances spéciales de l'affaire, et s'appuie sur l'intention qui a guidé le comportement de l'entreprise dominante. L'utilisation de ce nouveau test vise donc à atteindre deux objectifs : sanctionner l'accaparement de revenus résultant de l'abus d'exploitation et punir l'intention dolosive qui a présidé à la stratégie d'embuscade.

La Commission ne se simplifie pas pour autant beaucoup la tâche<sup>80</sup>, son nouveau test exigeant que soit opérée une comparaison entre le taux de redevance réclamé avant l'embuscade et celui réclamé après. À nouveau, l'exercice s'avère périlleux : quand bien même la Commission parviendrait à se procurer une copie des contrats de licence conclus avant la constitution de la norme, rien n'indique qu'il s'en dégagera un prix constant pouvant servir de point de comparaison pour les besoins du test. De même, rien ne permet de garantir que ces contrats ne seront pas des contrats complexes, noyant dans une pluralité de tran-

sactions la redevance due en contrepartie de la licence<sup>81</sup>. Une décision définitive aurait dû se confronter à ces questions, avec toutes les incertitudes susceptibles d'en résulter.

Enfin, quand bien même une décision déclarant illégal le comportement de Rambus aurait été prise par la Commission, reste en suspens la question de savoir quel aurait été **le remède** adéquat. Si l'imposition d'une amende ne serait pas nécessairement incongrue en raison du degré de mauvaise foi qu'implique une embuscade, une telle sanction ne permettrait pas pour autant de restaurer le marché dans l'état qui était le sien avant abus<sup>82</sup>. Dès lors, il est vraisemblable que si la Commission devait élaborer un remède, elle n'ait d'autre choix que de se pencher sur la question des conditions auxquelles Rambus octroie ses licences.

Une jurisprudence récente semble indiquer qu'en pareille circonstance la Commission aurait sans doute pour premier réflexe d'imposer à son tour au titulaire de brevets l'obligation d'offrir sa licence à des conditions « raisonnables et non discriminatoires »<sup>83</sup>. Cependant, dans l'hypothèse où le règlement interne à l'organisation de normalisation énonce déjà – sans succès – une obligation similaire, la

<sup>78</sup> CJ, 14 février 1978, C-27/76, *United Brands c. Commission*, *op. cit.*, para. 252.

<sup>79</sup> A. JONES et S. SUFRIN, *EC Competition law. Text, Cases and Materials*, Oxford, 2008, 3<sup>e</sup> éd., pp. 585 et s.

<sup>80</sup> Le seul progrès notable pour la Commission est que la comparaison qui doit se faire en application du nouveau test n'implique pas de devoir définir ce que constitue une marge excessive. Selon le nouveau test, toute hausse de prix entre la redevance réclamée avant normalisation et celle réclamée après, serait constitutive d'abus.

<sup>81</sup> Les accords d'échanges croisés de technologies ou ceux prévoyant la fourniture d'un soutien technique pour l'utilisation de la technologie transférée sont particulièrement susceptibles de faire obstacle à la détermination du prix de la licence. J. EPSTEIN et A. MARCUS, « Economic Analysis of the Reasonable Royalty: Simplification and Extension of the Georgia-Pacific Factors », *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, 2003, p. 573 ([http://www.royepstein.com/epstein-marcus\\_jptos.pdf](http://www.royepstein.com/epstein-marcus_jptos.pdf)).

<sup>82</sup> Le but de tout remède en droit de la concurrence est de mettre fin au comportement illégal, d'empêcher sa réapparition, et de restaurer la concurrence. OCDE, Roundtable on Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases, Background Note, DAF/COMP(2006)19, p. 18.

<sup>83</sup> Décision de la Commission du 24 mars 2004 relative à une procédure d'application de l'article 82 du Traité CE (aff. COMP/C-3/37.792 – *Microsoft*), para. 1005 et s.

Commission devra se préparer à définir elle-même les conditions de la licence.

La question du remède présente un intérêt tout particulier au regard de la définition de l'abus retenu par la Commission. L'abus consistant à imposer un taux de redevance supérieur au taux qui aurait pu être réclamé en temps normal, après que l'entreprise dominante a procédé à la suppression des informations nécessaires aux délibérations de l'organisation de normalisation, deux niveaux de redevance distincts pourraient finalement être retenus par l'autorité publique: un niveau de redevance égal au niveau pratiqué par le titulaire du brevet avant embuscade, ou un niveau de redevance égal à ce que les utilisateurs de la norme auraient payé si les informations supprimées les avaient conduits à choisir une autre technologie (en l'occurrence, une technologie libre de droits, la Commission ayant relevé que les membres du JEDEC avaient marqué une nette préférence pour ce type de technologie).

## V. CONCLUSION

Au sortir de ces quelques réflexions, il est pour le moins hasardeux d'estimer quelle aurait été l'issue de l'affaire si Rambus n'avait pas décidé de soumettre des engagements à la Commission pour solde de tout compte. Comme souvent au terme d'une décision d'engagements, les deux parties claironnent: Rambus en affirmant que la Commission n'a finalement prouvé aucune illégalité dans son chef<sup>84</sup>; la Commission en se prévalant des concessions de Rambus<sup>85</sup>.

Si la mise au point d'une réponse légale aux risques d'embuscade paraît souhaitable, l'approche développée par la Commission européenne n'est pas exempte de critiques. La mise en œuvre pratique du raisonnement ébauché dans la communication des griefs semble particulièrement incertaine. La preuve d'une position dominante dans le chef de l'auteur d'une embuscade ainsi que celle de l'abus ne semblent pouvoir se faire que moyennant d'intenses efforts de justification.

À cela s'ajoutent les difficultés tenant à la définition d'un remède adéquat. En raison des réticences que la Commission a de tout temps exprimées à agir sur les prix, la question du remède est susceptible de constituer un obstacle supplémentaire à l'intervention de l'autorité publique en cas d'embuscade.

Devant les juridictions américaines, Rambus est finalement ressorti blanchi des charges qui pesaient à son encontre. Dans l'affaire *Qualcomm*, seul autre cas d'embuscade que la Commission a eu l'occasion d'examiner, l'autorité européenne a dû mettre un terme à ses investigations sans parvenir à aboutir à une décision d'infraction. On comprend dès lors que l'affaire commentée fut ajoutée à la liste des dossiers encombrants que Neelie Kroes s'imposa de classer avant le terme de son mandat de commissaire à la concurrence.

La proposition d'engagements de Rambus tire la Commission européenne d'une situation difficile.

Norman Neyrinck<sup>86</sup>

<sup>84</sup> J. KILLICK et P. BERGHE, *op. cit.*, p. 7.

<sup>85</sup> R. SCHELLINGERHOUT et P. CAVICCHI, « Patent ambush in standard-setting: the Commission accepts commitments from Rambus to lower memory chip royalty rates », *Competition Policy Newsletter*, 2010-1, p. 36.

<sup>86</sup> Assistant en droit de la concurrence, Institut d'Études Juridiques Européennes (IEJE), Université de Liège (ULg) (norman.neyrinck@ulg.ac.be).