

Licences Frand : comment réconcilier les positions irréconciliables des parties ?

La solution d'une proportionnalité à plusieurs étages tenant compte de la valeur ajoutée du brevet dans le produit dans lequel il est utilisé

MAURICE NUSSENBAUM

PROFESSEUR DE FINANCE À L'UNIVERSITÉ PARIS DAUPHINE - PSL (ÉMÉRITE)
EXPERT DE JUSTICE EN ÉCONOMIE ET FINANCE
PRÉSIDENT DE SORGEM EVALUATION

BLANCHE FEAUVEAUX

DIRECTRICE DE MISSION, SORGEM EVALUATION

Depuis quelques années, le secteur des télécoms est particulièrement marqué par des litiges souvent très médiatisés, caractérisés par des procédures longues et des enjeux colossaux : *Microsoft v. Motorola*, *Ericsson v. D-Link*, *Core Wireless v. LG*, *Innovatio IP Ventures*, *Huawei v. ZTE*, *Unwired Planet v. Huawei*, *Apple v. Samsung*, etc.

Si parfois ces litiges conduisent à des accords, dont les montants sont le plus souvent secrets (voir par exemple le cas *Apple v. Qualcomm*, au premier jour du procès et après des années de bataille judiciaire¹), les positions initiales des protagonistes sont généralement diamétralement opposées et difficilement réconciliables².

Prenons le cas de *Microsoft v. Motorola* :

Motorola avait proposé une redevance, considérée comme Frand³, de 2,25 % du prix du produit fini⁴, correspondant (après prise en compte d'un plafond annuel) à une redevance de 0,50 \$ à 0,63 \$ par produit vendu par Microsoft utilisant ses brevets essentiels au standard H264, c'est-à-dire entre 50 et 63 centimes par produit.

Microsoft (sur la base de comparables) estime qu'une redevance de 0,197 centime (c'est-à-dire 0,001 97 \$) par produit pour les brevets de Motorola essentiels au standard H264⁵ peut être considérée comme Frand.

Dans ce cas, la demande du détenteur du brevet apparaîtrait donc entre 250 et 320 fois supérieure à la redevance

que l'utilisateur du brevet se dit prêt à payer. *In fine*, le juge a fixé la redevance pour les brevets essentiels au standard H264 de Motorola à 0,555 centime (c'est-à-dire 0,00555 \$) par produit⁶, soit 100 fois moins que la demande de Motorola, mais aussi 3 fois plus que ce qu'était prêt à payer Microsoft.

Ces écarts sont très spécifiques aux redevances Frand et rendent difficile un rapprochement entre les parties, ce qui explique le très grand nombre de litiges relatifs aux brevets essentiels dans ce secteur. Cela rend également très difficile le travail du juge qui doit déterminer où se situe la redevance Frand parmi ces propositions diamétralement opposées.

L'objectif est donc de définir une méthode ou au moins des principes afin de faciliter dans le futur les



1. Voir Maurice Nussenbaum, Qualcomm-Apple : ni Friend ni Frand : *Les Échos* du 26 juin 2017.

2. Au-delà de la question de l'essentialité des brevets en question, celle-ci étant aussi généralement l'objet de désaccords.

3. Il s'agit d'une redevance qualifiée de *fair reasonable and non-discriminatory*, v. rappel sur Frand ci-dessous.

4. District court, 25 avr. 2013, case n° C10-1823JLR, *Microsoft Corporation v. Motorola inc.*, p. 131.

5. *Ibid.*, p. 150-151.

6. *Ibid.*, p. 176.

conciliations pour éviter les litiges ou faciliter le travail du juge si le litige n'a pu être évité.

Après un rappel sur les principes de Frand et les tâtonnements du début de la mise en œuvre (I), nous reviendrons à travers un exemple concret (*Unwired Planet v. Huawei*⁷) sur les solutions possibles pour remédier aux positions aujourd'hui irréconciliables des acteurs du secteur (II).

I. Rappel sur les débuts de Frand et les objectifs affichés de Frand

L'utilisation croissante de la technologie au sein des produits et les fortes attentes des consommateurs pour améliorer l'interconnectivité des produits ont conduit les organismes responsables de l'établissement et du contrôle des standards technologiques (*Standard setting organizations* ou «SSO»)⁸ à se concerter pour définir des directives permettant de s'assurer de la mise à disposition de ces standards par les détenteurs de brevets essentiels via des contrats de redevances répondant à des conditions *Fair, Reasonable And Non-Discriminatory*, «Frand».

Un engagement Frand sous-entend que :

- celui-ci doit être issu de négociations entre les parties concernées ;
- toutes les parties concernées sont tenues de négocier de bonne foi et de montrer leur volonté de parvenir à un accord qui satisfasse les exigences Frand.

Cette négociation de bonne foi devrait être facilitée par le fait que toutes les parties ont intérêt à parvenir à un accord :

- les détenteurs de brevets parce qu'ils doivent pouvoir obtenir par cette redevance une rémunération à la fois juste par rapport aux risques pris et aux efforts d'investissement en recherche et développement fournis et suffisamment motivante pour continuer d'investir dans le développement de standards ;
- les utilisateurs des standards, qui ont besoin de ces innovations pour continuer de proposer au marché des produits innovants et rester compétitifs, parce qu'ils doivent trouver dans le paiement de la redevance une juste contrepartie au fait qu'ils ne développent pas eux-mêmes les standards et qu'ils ont ainsi la possibilité d'intégrer le marché en étant en compétition avec les autres acteurs.

Afin de déterminer une redevance Frand, les négociations doivent donc se dérouler entre les détenteurs et les utilisateurs des brevets, en prenant en compte l'intérêt réciproque des deux parties décrit ci-dessus.

Pour les SSO, le principe essentiel derrière ces redevances Frand est donc à la fois d'encourager l'innovation et le développement de nouveaux standards, mais aussi

d'encourager l'utilisation de ces standards dans des produits toujours plus complexes technologiquement.

En Europe, le principal organisme de normalisation reconnu par la Commission européenne dans le secteur des télécommunications est l'ETSI, dont la fonction première est de «définir et d'assurer la maintenance des standards techniques et des autres éléments nécessaires à ses membres. En tant qu'organisme européen de normalisation reconnu, une part importante de son rôle est d'assurer le développement et la maintenance des standards techniques qui sont nécessaires à la mise en place d'un large marché européen unifié pour les télécommunications»⁹.

Les politiques des SSOs reflètent aussi cet aspect d'intérêt réciproque de l'engagement Frand. En effet, en intégrant l'ETSI, ses membres s'engagent à respecter l'ETSI IPR Policy, qui requiert notamment de s'assurer d'un équilibre juste «entre les besoins d'utilité publique de standardisation dans le domaine des télécommunications et les droits des détenteurs de droits de propriété intellectuelle»¹⁰, c'est-à-dire entre les utilisateurs et les détenteurs de brevets essentiels à un standard. L'ETSI considère également que les «détenteurs de droits de propriété intellectuelle, membres de l'ETSI [...] ou personnes tierces, devraient être rémunérés de façon adéquate et juste pour l'utilisation de leur propriété intellectuelle»¹¹.

Cependant, l'ETSI n'a donné aucune préférence sur la façon dont celle-ci doit être estimée et mise en œuvre : «the basic principle of the ETSI IPR regime remains Frand with no specific preference for any licensing model»¹².

Dans la pratique, deux problématiques sont régulièrement soulevées dans le cas des redevances Frand : le risque de la rétention de brevets et celui du cumul excessif de redevances.

La théorie de la rétention de brevets (ou «patent hold up») repose sur le risque que certains détenteurs de brevets abusent de leur position dominante sur le



7. Toutes les références de cet article au jugement *Unwired Planet v. Huawei* font référence à la décision High Court of Justice, Chancery division, Patents court, 5 avr. 2017, case n° HP-2014-000005, *Unwired Planet v. Huawei*, confirmée en appel par jugement du 23 oct. 2018, case n° A3/2017/1784.

8. OECD Policy roundtables Standard setting, 2010, p. 23.

9. «produce and perform the maintenance of the technical standards and other deliverables which are required by its members. As a recognized European Standards organization, an important task shall be to produce and perform the maintenance of the technical standards which are necessary to achieve a large unified European market for telecommunications», ETSI directives, art. 2 : «Purpose», version 33, mai 2014.

10. «between the needs of standardization for public use in the field of telecommunications and the rights of the owners of IPRs», ETSI rules of procedure, annex 6 «ETSI Intellectual Property Rights Policy», 20 mars 2013, § 3.1.

11. *Subidem*, § 3.2.

12. V. ETSI directives, p. 50.

marché pour appliquer des taux de redevances excessifs par rapport à ce qui pourrait être considéré comme un taux Frand.

Comme le souligne la Commission européenne, l'objectif d'un engagement Frand est « de garantir à tous les acteurs du marché un accès effectif à une norme et d'empêcher qu'un seul titulaire de brevets essentiels ait la mainmise sur le marché »¹³. Par conséquent, une négociation menée de bonne foi entre deux parties, comme l'exigent les SSOs, doit permettre d'éviter le risque de rétention de brevets. Il faut également souligner que le risque inverse existe, c'est-à-dire le risque pour les détenteurs de brevets que leurs innovations ne soient jamais rémunérées, par des utilisateurs qui refusent systématiquement toute proposition de redevance Frand (« patent hold out »).

Cependant, dans le cas de *standard-essential patents* (SEPs) ou « brevets essentiels à un standard » dans le secteur des télécommunications, il est important de noter que la plupart des détenteurs de brevets sont aussi des utilisateurs potentiels de brevets, ce qui doit permettre, en théorie, de limiter le risque de redevances excessives.

Le risque de cumul excessif de redevances (*royalty stacking*) est issu des potentielles exigences cumulatives des détenteurs de brevets de la technologie ou du produit concerné, qui peuvent conduire à rendre économiquement insoutenable la vente du produit.

Cette théorie est fondée sur le fait que la compensation totale à payer pour tous les brevets essentiels contribuant à un standard ne devrait pas excéder un certain pourcentage du prix de vente des produits qui utilisent ce standard. Ainsi, cela permet d'éviter de décourager les sociétés innovantes de développer de nouveaux produits qui utilisent plusieurs standards.

Nous allons montrer, à travers l'exemple de *Unwired Planet v. Huawei*, décision récente clé dans le grand débat autour des licences Frand, que le seul moyen de s'assurer que la redevance proposée respecte les conditions Frand est de la déterminer sur la base d'une méthodologie qui permette d'éviter ces risques de rétention de brevets et de cumul de redevances.

II. Comment réconcilier l'irréconciliable?... en évitant à la fois les risques de *patent hold up/hold out* et de cumul excessif de redevances – le cas *Unwired Planet v. Huawei*

En décomposant la notion de Frand, on peut isoler d'une part le caractère juste et raisonnable (FR) et d'autre part le caractère non-discriminatoire (ND).

Ces notions peuvent être reflétées par deux éléments clés pour réconcilier les positions des parties :

- la notion de proportionnalité pour s'assurer du caractère juste et raisonnable : on peut en effet estimer que la balance apportée par la proportionnalité (qui permet de peser quelque chose par rapport à autre chose) permet de s'assurer de respecter ce premier principe de la redevance Frand ;

- la notion de valeur ajoutée pour s'assurer du caractère non-discriminatoire : on peut en effet estimer que le fait de rémunérer la valeur ajoutée permet de s'assurer de ne pas discriminer ni le détenteur du brevet qui sera rémunéré à hauteur de ce que son brevet apporte au produit, ni les autres détenteurs de brevets qui pourront également être rémunérés à hauteur de la valeur ajoutée qu'ils apportent au produit.

Ces deux notions clés de proportionnalité et de valeur ajoutée ressortent d'ailleurs de la position de la Commission européenne¹⁴. Celle-ci indique en effet que les « principes suivants d'évaluation de propriété intellectuelle devraient être pris en compte »¹⁵ :

- l'importance relative (c'est-à-dire proportionnelle) de la technologie dans le standard par comparaison aux autres technologies contribuant au standard ;

- la valeur ajoutée de la technologie brevetée (la Commission précise que cette valeur ajoutée doit être indépendante du succès du produit sur le marché).

La Commission européenne indique également qu'un brevet essentiel ne peut être évalué seul, et qu'il est nécessaire de prendre en compte un taux global raisonnable pour le standard auquel il contribue (proportionnalité) en évaluant la valeur ajoutée globale de ce standard. L'objectif affiché par la Commission européenne est ainsi d'éviter le risque de cumul excessif de redevances.

Les questions qui se posent donc pour évaluer une redevance Frand sont ainsi : quelle proportionnalité prendre en compte ? Et quelle valeur ajoutée considérer ?

A. Quelle proportionnalité prendre en compte ?

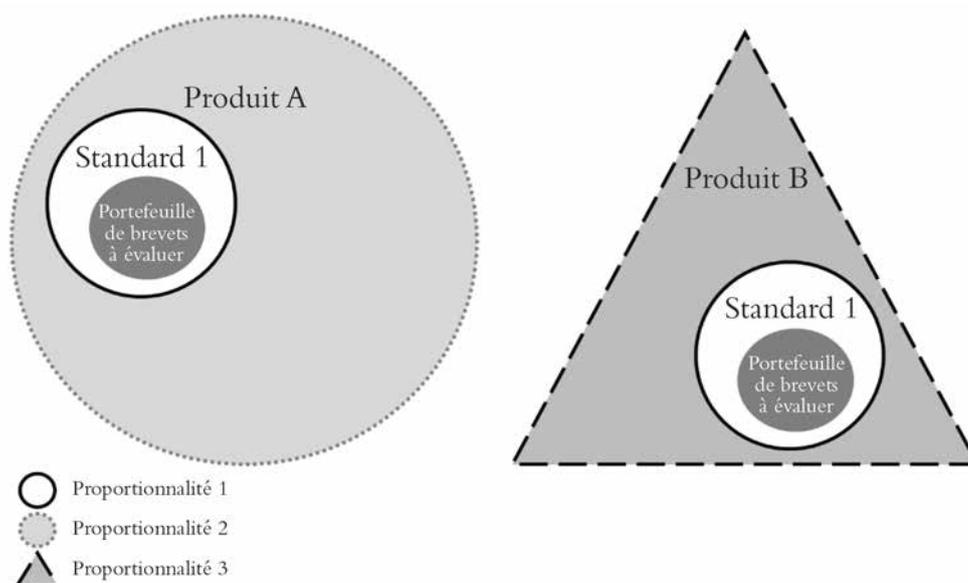
Reprenons l'exemple du litige opposant Unwired Planet et Huawei, pour l'utilisation par Huawei d'un portefeuille de brevets essentiels aux standards LTE (4G),



13. « to ensure effective access to a standard for all market players and to prevent “hold-up” by a single SEP holder », Antitrust : la Commission accepte les engagements proposés par Samsung Electronics concernant les injonctions relatives aux brevets essentiels liés à une norme, communiqué de presse du 29 avr. 2014, IP/14/490, p. 1.

14. Commission Européenne, Setting out the EU approach to Standard Essential Patents, 29 nov. 2017.

15. *Subidem*, traduction libre de « the following IP valuation principles should be taken into account ».



UMTS (3G) et GSM (2G) détenus par Unwired Planet (la plupart étant des brevets rachetés par Unwired Planet à Ericsson).

Le juge a décidé dans ce dossier de développer sa propre méthode d'évaluation de la redevance Frand, fondée notamment sur l'analyse de la redevance qui devrait s'appliquer pour un standard donné (appelée T)¹⁶. Il convient ensuite de considérer la part que représente le portefeuille de brevets à évaluer dans ce standard (S). La redevance applicable à ce portefeuille est ainsi simplement égale à $T \times S$. Cela nécessite cependant de connaître la redevance applicable à un standard donné. Or, cette redevance est rarement connue, les données comparables étant souvent limitées ou les redevances applicables n'étant pas publiquement disponibles¹⁷. De plus, il faut pouvoir recommencer l'exercice pour chacun des standards concernés : au cas d'espèce, le portefeuille de brevets de Unwired Planet utilisé par Huawei inclut des brevets essentiels aux standards 2G, 3G et 4G, il faut donc disposer du nombre total de brevets essentiels à chacun de ces standards et d'une redevance totale applicable pour chacun.

Compte tenu de ces difficultés, le juge a finalement décidé d'adapter la méthode de proportionnalité au standard. Disposant de redevances comparables applicables au portefeuille de brevets Ericsson tel qu'il existait avant la cession à Unwired Planet, il a ainsi :

- analysé le taux de redevance applicable au portefeuille de brevets initial d'Ericsson (E) sur la base de comparables, et

- déterminé la part (S) de ce portefeuille correspondant aux brevets d'Unwired Planet (pondérée par la valeur relative R de ces brevets dans le portefeuille d'Ericsson – nous renvoyons ici le lecteur aux discussions ci-dessous sur la valeur ajoutée pour la valeur relative R)¹⁸.

On voit que l'on peut considérer différents niveaux de proportionnalité, selon les informations dont on dispose et la pertinence d'une analyse par rapport à une autre selon les spécificités du cas d'espèce :

- la part des brevets par rapport au total des brevets du standard auquel ils contribuent (« proportionnalité 1 » sur le graphique ci-dessus) ;

- la part du standard auquel contribuent les brevets par rapport à l'ensemble des standards inclus dans le téléphone (« proportionnalité 2 » sur le graphique ci-dessus) ;

- ou encore la part des brevets par rapport à un autre portefeuille de brevets comparables (« proportionnalité 3 » sur le graphique ci-dessus) pour lequel on dispose de redevances disponibles. Il peut s'agir de produits identiques ou différents (voir l'exemple ci-dessus).

Cependant, seule une analyse permettant de prendre en compte l'ensemble des standards du téléphone et considérant une proportionnalité par rapport à une redevance globale applicable au téléphone permet d'éviter le risque de cumul excessif de redevances (c'est-à-dire la « proportionnalité 2 »). En effet, la seule proportionnalité par rapport à un standard ou à un portefeuille de brevets comparables ne permet pas de vérifier que la redevance totale ne sera pas excessive au niveau du produit pris dans son ensemble (en l'occurrence un téléphone).

La priorité est de trouver une méthode qui permette de justifier du caractère raisonnable de la redevance que l'on estime, souvent sur la base de comparables, en



16. *Unwired Planet v. Huawei*, 5 avr. 2017, § 179.

17. Dans le cas *Unwired Planet v. Huawei*, l'essentiel des brevets du portefeuille à évaluer étant des brevets anciennement détenus par Ericsson, le juge a pu s'appuyer sur les licences accordées par Ericsson sur ces brevets.

18. *Unwired Planet v. Huawei*, 5 avr. 2017, § 197.

partant du principe que les licences qui ont été accordées dans le passé l'ont été dans des conditions Frand¹⁹. Cette méthode a ainsi l'avantage de se reposer sur des références de marché, et ainsi de se rapprocher des méthodes traditionnellement mises en œuvre pour l'évaluation de brevets non essentiels.

Afin de rationaliser cette méthode, le juge, dans la décision *UP v. Huawei*, s'interroge sur le taux de redevance global à appliquer aux brevets essentiels à un standard à évaluer²⁰. Plus particulièrement, il se demande si cette méthodologie peut être utilisée (i) comme une approche *top-down* (c'est-à-dire partir de la redevance globale pour en déduire la redevance applicable au portefeuille de brevets à évaluer), le taux de redevance global étant dans ce cas le point de départ à tout calcul, ou (ii) comme un simple contrôle de cohérence²¹. Cette méthode, même utilisée comme simple contrôle de cohérence, doit permettre de limiter les risques de «royalty stacking», mais aussi d'avoir une meilleure comparabilité avec d'autres cas.

Finalement, nous constatons que les méthodologies fondées sur la proportionnalité ne sont pas sans écueil :

Premièrement, le point commun à toutes ces méthodes fondées sur la proportionnalité est la nécessité de pouvoir identifier les brevets essentiels (à la fois ceux à évaluer et ceux du référentiel pris en compte pour le facteur de proportionnalité). Or, une des principales difficultés de la mise en place à l'amiable de redevances Frand est la discussion sur le caractère essentiel ou non des brevets (ceux-ci étant inscrits par l'ETSI comme brevets essentiels à un standard sur une simple base déclarative). La méthode de la proportionnalité risque d'encourager cette dérive (plus on déclare de brevets essentiels à un standard plus on pourra réclamer une part importante de la rémunération liée à ce standard). Dans le cas *Unwired Planet v. Huawei*, le juge a souligné cette difficulté²², et a retenu un niveau d'«essentialité» des brevets essentiels à un standard de 28 % (c'est-à-dire le pourcentage de brevets déclarés comme essentiels étant effectivement des brevets *essentiels* à un standard), sur la base des études publiées par Fairfield/Goodman and Myers²³.

Deuxièmement, le risque de cette méthode est de considérer que tous les brevets ont la même contribution et doivent avoir une valeur identique. En effet, appliquée «mathématiquement», cette méthode donne la même valeur à tous les brevets d'un standard/d'un produit (selon le niveau auquel la proportionnalité est appliquée) alors que cette valeur doit tenir compte de la valeur ajoutée des brevets en question dans le standard/le produit en question.

B. Quelle valeur ajoutée considérer ?

Dans le cas *Unwired Planet v. Huawei*, le juge a abordé la problématique de la valeur ajoutée à travers un facteur R,

correspondant à la valeur relative du portefeuille de brevets d'Unwired Planet par rapport à la valeur totale du portefeuille des brevets Ericsson (E)²⁴. Si le principe de cette méthode est clairement défini, le juge soulève les difficultés à déterminer ce facteur, qu'il a dû définir entre les propositions très éloignées de calcul du demandeur et du défendeur²⁵.

La notion de valeur ajoutée a été introduite très tôt dans les demandes de dommages liées à des brevets. En effet, ce type de dommage est classiquement fondé sur un pourcentage de redevance appliqué à une base de prix, la question essentielle étant «quelle base de prix retenir»? Les tribunaux se sont rapidement accordés pour admettre que le prix total du produit dans lequel le brevet est utilisé ne peut être retenu que s'il est démontré que cette technologie est déterminante dans la décision d'achat. C'est le principe de l'«Entire market value rule» (EMVR), qui rejoint les notions de tout commercial en droit français, à savoir qu'il n'est pas possible de dissocier la technologie brevetée du reste du produit.

Le caractère déterminant de la technologie brevetée dans la décision d'achat peut être difficile à démontrer, en particulier quand cette technologie ne peut pas être séparée du reste du produit, car elle n'est pas vendue séparément. C'est le cas de nombreuses fonctions utilisant des brevets essentiels dans un téléphone, par exemple pour les brevets essentiels aux standards 2G, 3G ou 4G, qui sont indissociables de la vente de l'appareil en lui-même.

Contestant ce principe de l'EMVR, régulièrement mal appliqué dans le cas de brevets essentiels à un standard et de fait souvent rejeté par les tribunaux, une nouvelle approche a vu le jour : retenir comme base de calcul, pour la redevance applicable aux brevets essentiels à un standard évalués, la plus petite unité commercialisable intégrant ces brevets (*Smallest saleable patent practicing unit* ou «SSPPU»). Cette approche, *a priori* très simple à mettre en œuvre, est notamment celle recommandée par l'IEEE (Institute of electrical and electronics engineers), qui estime que la détermination d'un taux Frand doit notamment prendre en compte la valeur que la fonctionnalité brevetée apporte à la valeur de la fonctionnalité concernée au sein de la plus petite unité

19. Nous notons que dans le cas *Unwired Planet v. Huawei* le juge a écarté certaines de ces références comparables justement parce qu'il a considéré qu'elles n'avaient pas été accordées dans des conditions Frand.

20. *Unwired Planet v. Huawei*, 5 avr. 2017, § 261.

21. *Ibid.*, § 263.

22. *Ibid.*, § 324 : «There is no question that over-declaration is a major problem. The question is - how big?».

23. *Ibid.*, § 274.

24. *Ibid.*, § 180.

25. *Ibid.*, § 374.

qui utilise le brevet essentiel concerné²⁶. Autrement dit, la redevance doit refléter la valeur ajoutée du brevet pour le plus petit composant dans lequel ce brevet est implémenté (une microprocesseur, par exemple).

Si elle a l'avantage d'introduire dans l'équation de calcul de la redevance la notion de valeur ajoutée, cette méthode de la SSPPU a en pratique conduit à un certain nombre de dérives, qui reflètent toutes la difficulté de la mise en place d'une redevance Frand.

En premier lieu, une redevance Frand fondée sur la SSPPU occulte tout principe de proportionnalité par rapport au produit final, celui-ci étant écarté du calcul au profit de la plus petite unité intégrant le brevet étudié. Cette méthode ne permet donc pas de s'assurer que l'objectif initial de Frand – éviter tout abus par rapport à la valeur du produit au global – est respecté.

En second lieu, dans le cas de brevets essentiels, rapporter la valeur d'un brevet à une microprocesseur a peu de sens alors que la valeur ajoutée des brevets essentiels (implantés dans les téléphones notamment) est au contraire généralement liée à la valeur ajoutée du produit dans son ensemble. Un exemple illustratif souvent présenté est celui d'un iPhone par rapport à un iPod²⁷, ou encore le cas où l'on cherche à évaluer les brevets essentiels qui permettent d'ajouter la fonctionnalité 4G à une tablette, par rapport à une tablette fonctionnant en Wi-Fi uniquement. Dans ce cas, on comprend que la nature et le coût des composants seront globalement similaires entre les deux tablettes, et pourtant la valeur ajoutée apportée par le brevet change totalement la finalité du produit, son utilisation et son prix.

Il est donc nécessaire de bien identifier la valeur ajoutée du brevet et de retenir le bon référentiel pour cette valeur ajoutée. En effet, la dérive inverse de la SSPPU (qui a tendance à très fortement limiter les taux de redevances applicables) serait de prendre en compte, dans la valeur ajoutée apportée par le brevet essentiel évalué, la valeur liée au succès du produit sur le marché, ce qui viendrait surévaluer le taux de redevance applicable. En effet, il faut généralement considérer que le succès du produit dans lequel le brevet est implanté est indépendant du standard (puisque tous les produits doivent de toute façon répondre à ce standard). La Commission européenne souligne également cette dérive potentielle et précise dans ses principes sur les brevets essentiels à un standard que la valeur de ces brevets doit être indépendante du succès de marché du produit²⁸.

★

Si la décision *Unwired Planet v. Huawei* a été globalement saluée comme un nouveau pilier fondateur pour l'estimation de redevances Frand, nous constatons que de

nombreuses incertitudes et approximations demeurent encore, en particulier entre la simplicité affichée de la méthode et les difficultés de mise en œuvre.

Cependant, les contours d'une « best practice » se dessinent, reposant sur des principes fondamentaux de l'évaluation de brevets :

- La nécessité d'une approche multicritère, qui reste toujours le meilleur moyen d'éviter l'influence ou la dérive d'une approche par rapport à une autre et d'optimiser le caractère rationnel de la redevance proposée. Cette approche multicritère peut par exemple associer une approche par les comparables (qui peut varier selon les références disponibles et la base – produit global, portefeuille de brevets, etc. – à laquelle les taux de redevances comparables sont appliqués) et une approche fondée sur la proportionnalité.

- L'importance des méthodes fondées sur la comparabilité avec d'autres brevets/portefeuilles de brevets (lorsque l'information est disponible), même si les redevances acceptées dans le passé par le marché ne sont pas nécessairement Frand.

- La nécessité d'inclure une dimension économique au raisonnement, prenant en compte à la fois la valeur des brevets et du produit final. Ainsi le raisonnement sur la définition de la redevance Frand ne peut être ni strictement juridique ni strictement technique ou mathématique : la mise en place de ces redevances Frand, qui recherche la meilleure allocation des ressources, doit tenir compte de l'offre et de la demande sur le marché de chacun des éléments considérés et continuer d'encourager à la fois l'innovation technologique et l'innovation produite, pour le bien commun de tous les acteurs du secteur et des consommateurs.

En plus de ces principes finalement applicables à toute évaluation de brevet, l'évaluation Frand de brevets essentiels à un standard nécessite l'analyse de la proportionnalité du ou des brevets évalué(s), en particulier pour adapter une méthode fondée sur des comparables. Une proportionnalité raisonnable ne peut être indépendante (i) d'une analyse de la valeur ajoutée du brevet au sein du portefeuille de brevets dont il fait partie, (ii) du standard auquel il appartient ou encore (iii) du produit dans lequel il est utilisé.



26. IEEE Standards Board Bylaws, sect. 6-7: «The value that the functionality of the claimed invention or inventive feature within the Essential Patent Claim contributes to the value of the relevant functionality of the smallest saleable Compliant Implementation that practices the Essential Patent Claim».

27. Nicolas Petit, The smallest saleable patent-practicing unit experiment, general purpose technologies and the coase theorem : *CPI Antitrust Chronicle*, avr. 2017.

28. Commission Européenne, Setting out the EU approach to Standard Essential Patents, 29 nov. 2017 : «That [Frand] value should be irrespective of the market success of the product which is unrelated to the patented technology».