

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE À L'ÈRE NUMÉRIQUE

Mr Justice Birss
Judge of the High Court of England and Wales

Je suis juge né en Ecosse, formé en Angleterre, et je présente un article sur la propriété intellectuelle en Irlande à un groupe de juges des pays où les langues celtiques étaient parlées et qui sont encore parlées. Alors, on ne peut commencer que se référer à l'un des premiers jugements sur le droit d'auteur connus dans n'importe quelle langue ou n'importe quel pays. Au sixième siècle, un conflit est survenu entre les moines sur la copie des Évangiles. Le célèbre arrêt du Haut Roi de Tara, Diarmuid Mac Cearbhaill a été décidé dans la vieille langue irlandaise.

L'un des moines était Columba Ó Néill. Il est devenu plus tard Saint Columcille ou Saint Columba, l'un des trois saints patrons de l'Irlande, également crédité de fonder l'abbaye d'Iona et de propager le christianisme en Écosse. L'autre moine était Finnian. Finnian avait prêté le livre à Columba et Columba l'avait copié sans permission. Finnian a prétendu que cela constituait un vol et que la copie lui appartenait. Columba a dit que le livre de Finnian n'est pas plus mal après la duplication. Le Haut Roi a statué en faveur de Finnian ; il a estimé: 'le gach bó a buinin agus le gach leabhar a chóip' ou 'à chaque vache son veau, et à chaque livre sa copie'

Ainsi, les arguments concernant la propriété intellectuelle n'ont pas beaucoup changé depuis un millénaire et demi. De nos jours, les demandeurs utilisent aujourd'hui le langage du crime contre les biens pour caractériser la duplication tout comme ils l'ont fait pendant le sixième siècle. On dit couramment que la duplication est un type de vol. D'un autre côté, Columba a sans doute fait ce qu'il a fait pour diffuser plus largement des informations importantes. C'est une justification familière qui est présentée devant les tribunaux de la propriété intellectuelle aujourd'hui (voir par exemple le litige de Meltwater qui dure depuis longtemps sur la duplication d'informations sur Internet qui comprenait des arrêts de la Cour suprême du Royaume-Uni, de la CJUE et du tribunal britannique compétent en matière de droit d'auteur (UK Copyright Tribunal).

La nécessité de trouver un équilibre correct entre ces points de vue concurrents - entre liberté et monopole - est inhérente dans la propriété intellectuelle. C'est une question qui revient sans cesse. Il n'y a pas de réponse simple à cette question. L'équilibre approprié peut évoluer au fil du temps avec l'évolution de la société. C'est quelque chose qui devra certainement être reconsidéré à mesure que la technologie avance.

Depuis de nombreuses années, les États modernes ont reconnu l'importance des droits de propriété intellectuelle. Le fameux Statut anglais des Monopoles de 1623 a été adopté par le Parlement en raison des abus scandaleux du système des brevets. Il limitait le droit de la Couronne d'accorder des monopoles et posait ainsi les fondements du droit moderne des brevets. La loi déclarait tous les monopoles antérieurs inopérants, mais une exception était prévue dans section 6 comme suit:

‘Provided [that the provision rendering all patents void] shall not extend to any letters patent and grants of privilege for the term of fourteen years or under, hereafter to be made, of the sole working or making of any manner of new manufactures within this realm, to the true and first inventor and inventors of such manufactures which others at the time of making such letters patent and grants shall not use, so as also they be not contrary to the law or mischievous to the state, by raising prices of commodities at home, or hurt of trade, or generally inconvenient’.

En d'autres termes, un brevet pour être valable devait se rapporter au ‘travail ou à la fabrication de toutes sortes de produits nouveaux dans ce domaine’. C'était la première définition législative d'une invention dans la langue anglaise. Bien que cela ne s'applique plus au Royaume-Uni, le statut des monopoles s'applique toujours dans certaines anciennes colonies britanniques comme l'Australie.

La Constitution des États-Unis, rédigée en 1787, a reconnu le droit d'un inventeur d'obtenir un brevet. Le Congrès a des pouvoirs tels que le pouvoir de percevoir des impôts, d'emprunter de l'argent et de déclarer la guerre et bien d'autres choses. Article 1 section 8 prévoit également que le Congrès aura le pouvoir de:

‘favoriser le progrès de la science et des arts utiles, en assurant, pour un temps limité, aux auteurs et inventeurs le droit exclusif à leurs écrits et découvertes respectifs.’

Ainsi, l'idée qui sous-tendait les brevets aux États-Unis était la promotion du progrès technique, tout comme le concept de brevets pour toute ‘nouvelle forme de fabrication’ dans le statut des monopoles en Angleterre. La clause prévoit également le droit d'auteur sur la même base utilitaire que pour les brevets.

Lorsque cette clause a été ajoutée au projet de la Constitution des États-Unis, une des autres clauses proposées pour traiter de la même question était le texte proposé par James Madison. Son projet proposait l'utilisation de ‘primes appropriées’ pour encourager ‘l'avancement des informations utiles’. En d'autres

termes, Madison proposait un système dans lequel les inventeurs seraient payés par l'État en échange de la divulgation de leur invention. Dans ce système, l'inventeur n'aurait aucun droit sur l'exploitation de leur invention ; et n'importe qui pourrait utiliser l'invention. Alors l'argent constituait l'incitation à développer et à divulguer une nouvelle technologie.

Ce débat continue aujourd'hui. Dans le monde entier, on est inquiète de la hausse des coûts des soins de santé et du prix des médicaments, en particulier des nouveaux traitements contre le cancer. Certains disent qu'une meilleure façon de créer des incitations pour de nouveaux médicaments serait d'avoir un système de prix, en récompensant le découvreur de la nouvelle drogue, mais en ouvrant immédiatement le marché à tout le monde pour maintenir les prix bas. C'est une question difficile de savoir si un tel système serait mieux, et s'il représente une incitation suffisante pour les inventeurs à développer les nouveaux médicaments à un coût global plus bas pour la société.

Comment les rédacteurs de la Constitution américaine ont-ils choisi entre ces deux propositions très différentes? Nous savons la suivante: le 18 août 1787, les clauses rivales ont été rapportées à la Convention constitutionnelle et dans trois semaines, le 5 septembre, le Committee of Detail appuyait la clause actuelle, prévoyant que l'inventeur détient des droits privés de propriété intellectuelle. Ce que nous savons également, c'est que, pendant ce temps-là, le 22 août 1787, ces mêmes personnes - les délégués de la Convention constitutionnelle - ont assisté au premier essai effectué d'un inventeur d'un élément clé de la haute technologie internationalement vitale: le bateau à vapeur.

Rappelez-vous, à cette époque, il n'y avait ni voitures ni chemins de fer. Les fleuves étaient des routes commerciales importantes mais il n'y avait pas de moyen facile de remonter en amont, contre le courant. Les nouveaux États-Unis avaient un certain nombre de grands réseaux fluviaux, mais aucun moyen efficace pour les exploiter. En France, Claude de Jouffroy a construit le premier bateau à vapeur dans le monde. En 1783, son embarcation, le *Pyroscaphe*, a été démontrée comme capable de voyager en amont sur la Saône. John Fitch était inventeur américain. Il comprenait la valeur potentielle de la dernière technologie dans le cadre du transport fluvial. Le moteur à vapeur de James Watt était la technologie de pointe à l'époque. Par rapport à la machine à vapeur Newcomen utilisée pour pomper les puits de mine, le moteur Watt était plus compact, un de ses avantages critiques: suffisamment compact pour tenir dans un bateau. Cependant, la Grande-Bretagne a refusé d'autoriser l'exportation de ce type de nouvelle technologie qui était stratégiquement importante. A l'époque, il n'y avait pas de moteurs à vapeur aux États-Unis.

John Fitch voulait en construire, mais il disposait de ressources limitées. Il a obtenu des brevets pour ses idées des législatures de divers états américains. Il a utilisé ces brevets pour obtenir des fonds auprès des investisseurs pour construire un prototype. Fitch a ensuite construit sa propre version de la machine à vapeur Watt et l'a utilisé pour alimenter un bateau fluvial, the *Perseverance*. Le 22 août, la Convention constitutionnelle a vu le premier essai réussi de cette invention dans leur pays. La Convention a également été témoins de l'avancement de la technologie locale, financée par des investissements privés garantis par les droits de propriété privée.

En 1790, la première loi américaine sur les brevets a été promulguée et John Fitch a été l'un des premiers à obtenir un brevet américain.

15. Cet aspect du système des brevets est aussi important aujourd'hui qu'à l'époque. Dans l'affaire *Human Genome Sciences c Eli Lilly*,¹ la Cour suprême du Royaume-Uni a reconnu qu'il fallait trouver un équilibre entre l'obligation des inventeurs à divulguer correctement l'invention dans un brevet, et d'un autre côté, de pouvoir lever des fonds pour le développement de l'invention. Dans un brevet, l'inventeur doit démontrer que l'invention est susceptible d'application industrielle et doit être suffisamment divulguée. Lord Neuberger a dit au paragraphe 143:

‘Cependant, l'industrie des biosciences est particulièrement dépendante du financement pour la recherche et le développement à long terme. Les gens qui ont besoin d'argent pour ces activités doivent souvent se tourner vers d'autres organisations. Les tests appliqués sont nécessairement très rigoureux et il faudra peut-être plusieurs années d'investissement avant qu'un produit puisse être déclaré sans danger pour la promotion de la santé. L'écart peut être très large entre la recherche initial, et le moment où la découverte peut être développée par l'industrie pharmaceutique. On peut identifier différentes étapes le long de cette route incertaine dans le cas présent. D'abord, on a l'invention elle-même. Dans ce cas, c'est une molécule de la superfamille du TNF. Les caractéristiques de cette protéine nouvellement découverte devaient ensuite être examinées et analysées. Dans ce cas, la tâche était de déterminer si la [molécule] avait des caractéristiques qui offraient la possibilité d'influencer les mécanismes biologiques de la même manière que les autres membres de la superfamille. Si cela était possible, de la recherche et du développement sont nécessaire avant que la molécule puisse être déployée sur un plan thérapeutique. La question soulevée par cette affaire est de savoir jusqu'où le processus doit aller avant que l'invention puisse être considérée comme susceptible d'application industrielle et brevetée.’

¹ [2011] UKSC 51

En ce qui concerne le droit d'auteur, en 1709, le Statut d'Anne a été promulgué au Royaume-Uni pour protéger le commerce de l'imprimerie. Le passage de la Constitution américaine mentionnée ci-dessus prévoit également le droit d'auteur. En France, l'expérience était différente. En France, avant la révolution, la réglementation de l'imprimerie avait mené à l'emprisonnement d'un grand nombre de personnes du commerce du livre à la Bastille. Sans grande surprise, l'article XI de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 prévoit:

‘La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l’Homme: tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l’abus de cette liberté, dans les cas déterminés par la Loi.’

Alors cet article se concentre sur la liberté de communiquer et, notamment, sur la liberté d'imprimer. Professeur David Vaver a expliqué qu'après la révolution, ‘dans la période relativement courte qui a précédé le retour de la loi sur le droit d'auteur pour rétablir ‘l'ordre’ dans les marchés de l'édition, il y a eu une démocratisation sans précédent du mot imprimé’.

Après un autre développement technologique important, le droit d'auteur est devenu intéressant sur le plan international. C'est l'invention de la fabrication de papier à base de pâte de bois par Friedrich Gottlob Keller d'Allemagne et Charles Fenerty du Canada au milieu des années 1800, basée sur les idées antérieures du scientifique français René Antoine Ferchault de Réaumur. Avant cette époque, le papier était relativement cher, fabriqué de fibres comme du vieux linge et des chiffons de coton. La technologie de la pâte de bois a révolutionné la fabrication du papier et apporté des livres et des journaux aux masses, qui a également conduit à une reproduction généralisée. Aux États-Unis et en Grande-Bretagne, un problème particulier était la duplication des œuvres par des auteurs. Il y avait un langage commun, mais à l'époque, les états ne permettaient pas aux étrangers d'avoir des droits locaux de propriété intellectuelle. A à la fin du XIXe siècle, cela a mené à la signature de deux traités internationaux par les pays industrialisés, dans le but d'harmoniser les droits de propriété intellectuelle pour garantir au moins que les citoyens de tout pays signataire puissent obtenir les mêmes droits que les citoyens dans tout autre pays signataire. Ces deux traités sont la Convention de Berne de 1886 sur le droit d'auteur et la Convention de Paris de 1883 sur les brevets et les marques.

Le but de raconter le contexte historique, c'est d'illustrer deux points. Tout d'abord, il y a toujours eu un équilibre dynamique entre l'idée que les inventeurs et les auteurs devraient avoir des droits de propriété par rapport à leurs créations, et les idées de liberté de se concurrencer et de liberté d'expression. Deuxièmement, les changements technologiques sont, et ont toujours été, l'un

des facteurs qui peuvent changer cet équilibre et entraîner des modifications de ces lois. Il n'est pas surprenant que les progrès récents de la technologie numérique posent un défi à nos idées de propriété intellectuelle.

Quels sont les défis à la propriété intellectuelle posés aujourd'hui par les nouvelles technologies? Le plus évident est l'omniprésence des photocopieuses. On connaît ces machines comme on connaît des téléphones portables et des ordinateurs. On peut faire des photocopies et puisque l'individu détient ces appareils, c'est l'individu, le consommateur, qui fait la photocopie. C'est nouveau. Jusqu'à tout récemment, vous aviez besoin d'une machine pour faire des photocopies de livres, de journaux ou une machine similaire pour faire des copies de disques musicaux ou de films. Les photocopieuses existent depuis des années mais leur impact, bien qu'important, n'était pas aussi significatives que les autres développements des vingt dernières années. Dans le 'vieux monde', lorsqu'un consommateur achète un livre et le lit, et il n'y a aucune copie. Aujourd'hui, le 'contenu' est fourni par voie électronique et à l'échelle mondiale. Les entreprises, comme les maisons de disques et les éditeurs, se considèrent comme détentrices de droits, disent qu'il est très difficile de contrôler la diffusion de ce qu'ils vendent. Une fois que la musique pourrait être distribuée sur Internet, le téléchargement sans autorisation s'est généralisé. Ce téléchargement implique la copie et comme il est sans autorisation, il constitue une violation du droit d'auteur. De nos jours, ce n'est pas une coïncidence qu'il y a tant de festivals de musique, de concerts en direct et de comédies musicales, ni que beaucoup de pop stars âgées, qui n'avaient pas été vues depuis des années, ont réformé leurs groupes pour partir en tournée. La raison, c'est que les ventes de billets pour un événement peuvent être contrôlées plus facilement que les ventes de musique en ligne.

Le droit d'auteur reconnaît depuis longtemps que le titulaire du droit d'auteur devrait avoir un certain nombre de droits en plus du droit d'empêcher directement la copie. Par exemple, dans certaines circonstances, il y a un droit d'arrêter la vente de copies contrefaites. Depuis les années 1970, en réponse aux développements de la radiodiffusion électronique, le droit d'auteur reconnaît un droit de communication de l'œuvre au public par fil ou par radiodiffusion.² Ce droit de communication a été développé par divers autres traités et par les directives européennes, notamment la directive 2006/115/CE sur la société de l'information (voir article 8). En droit britannique, il s'agit maintenant de l'article 20 de Copyright Designs and Patents Act 1988. La portée du droit de communication a fait l'objet d'une série de décisions de la CJUE au fur et à mesure que les cours tentent de trouver des réponses aux problèmes nouveaux présentés par le World Wide Web. Bien sûr, la métaphore d'un 'web' est

² Par exemple l'article 11bis 1 de la Convention de Berne, révisée à Paris (1971) en 1979, qui prévoit un droit par des communications filaires et des communications sans fil

pertinente : lorsqu'un utilisateur accède à une première page web, la page fournit non seulement des références croisées à d'autres pages sur Internet, mais ces références croisées sont des liens actifs qui forment une toile d'araignée des connexions. L'utilisateur peut accéder à la deuxième page simplement en cliquant sur la référence croisée.

Une question juridique posée par cette technologie est la suivante: que se passe-t-il lorsque la deuxième page web est un site permettant le téléchargement de matériel protégé par copyright? Le fournisseur direct du matériel contrefait sur la deuxième page Web est un contrefacteur mais c'est difficile à trouver et difficile à arrêter. Ces sites qui facilitent le téléchargement direct ne sont pas toujours très faciles pour le public à trouver. Ils bougent aussi. C'est beaucoup plus faciles pour le public de trouver les premiers sites qui agissent comme des nœuds, fournissant les liens vers les sites de téléchargement et pouvant mettre à jour les liens au fur et à mesure que les sites se déplacent. Les demandeurs souhaitent donc prendre des mesures contre les fournisseurs des sites de nœuds. Mais est-ce que ces sites enfreignent? Dans quelle mesure le fait de faciliter l'accès du public à un site de téléchargement direct pour un film (par exemple) revient-il à communiquer le film au public? Dans une série de décisions, la CJUE a tenté de répondre à cette question (voir l'affaire très récente *Filmspeler*³ et la série de décisions antérieures, y compris *GS Media*,⁴ et *Svensson*.⁵ Au niveau de la CJUE, la loi est loin d'être réglée. A mon avis, l'une des difficultés est le caractère incomplet de la législation que la CJUE doit traiter. Le problème concernant les liens de page web est plus logique lorsqu'il est considéré comme une personne qui fait un acte qui peut ou non autoriser ou faciliter un délit commis par un autre. Cependant, le droit européen harmonisé n'inclut pas la notion de responsabilité conjointe et les affaires impliquent ce qui devrait être une définition d'un acte de contrefaçon primaire pour protéger un complice.

En Europe, l'ordre de blocage du Web est un autre développement important en réponse au téléchargement illégal. Conformément à l'article 8, paragraphe 3, de la directive sur la société de l'information de l'Union européenne, la loi de 1988 sur les droits d'auteur et les brevets du Royaume-Uni (Copyright Designs and Patents Act 1988) a été modifiée afin d'introduire l'article 97A qui prévoyait ces ordonnances dans les affaires concernant le droit d'auteur. Le titulaire du droit d'auteur introduit une action contre le fournisseur de services Internet ('FAI'), tel que British Telecom au Royaume-Uni. En vertu de la loi, tant que le tribunal est convaincu que le fournisseur de services sait qu'une autre personne utilise son service pour enfreindre le droit d'auteur, le tribunal peut accorder une injonction contre le FAI. Dans la pratique, les détenteurs de droits, comme un groupe de compagnies cinématographiques ou musicales, identifient des sites Web qui

³ C-527/15 26 avril 2017.

⁴ C-160/15 8 septembre 2016.

⁵ C-446/12 13 février 2014.

mettent des téléchargements illégaux à la disposition des consommateurs. Ils rassemblent un dossier substantiel montrant ce qui se passe et le donnent au FAI. En conséquence, le FAI en est informé.

Le FAI donne accès Internet aux consommateurs. L'injonction oblige le FAI à utiliser leur technologie pour empêcher les consommateurs d'accéder aux sites Web qui sont la source du matériel illégal. Notamment le contrefacteur lui-même n'est pas une partie à la procédure. Peut-être qu'il n'est pas facile à identifier, ou qu'il est à l'étranger et inaccessible. Ces ordonnances semblent connaître un certain succès. Elles peuvent être contournées par des utilisateurs avertis, mais la majorité des consommateurs ne semblent pas se donner la peine d'essayer de le faire. Les ordonnances de blocage du web soulèvent d'autres nouvelles questions sur les droits de l'homme : y a-t-il un droit d'accès à Internet ? Ils soulèvent également des questions moins nouvelles, mais elles se posent d'une manière nouvelle, par exemple si le droit à la vie privée d'une personne est impliqué par un système de blocage web des FAI, car ce système fonctionne uniquement en surveillant au moins les adresses web accédé par l'utilisateur.

*Twentieth Century Fox Film Corp c British Telecommunications plc*⁶ était la première affaire britannique à traiter les questions soulevées par ces demandes et une série d'affaires l'a suivi. En particulier, dans ces cas, les autorisations et la notion de responsabilité conjointe jouent un rôle important dans l'analyse.

La portée des ordonnances de blocage du Web a été récemment étendue dans l'affaire de *Cartier c British Sky Broadcasting*.⁷ La Cour d'appel de l'Angleterre et du Pays de Galles devait considérer si ces ordres de blocage pouvaient ou devaient être étendus au-delà des cas de violation du droit d'auteur à des sites Web qui vendent des marques contrefaisant des marchandises de contrefaçon. La Cour considérerait les droits dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne comme la liberté d'expression, le droit de recevoir et de communiquer des informations (article 11), la liberté d'entreprise (article 16) et la protection de la propriété intellectuelle (Art 17). La Cour a décidé que ce recours pouvait et devait être étendu, comme Arnold J l'avait jugé. Dans paragraphe 46 de son arrêt, Kitchin LJ a cité un extrait du jugement dissident de Lord Nicholls dans *Mercedes Benz c. Leiduck* dans lequel Lord Nicholls a déclaré:

‘À mesure que les circonstances changent, des situations dans lesquelles les tribunaux peuvent exercer correctement leur compétence pour accorder des injonctions doivent aussi changer. L'exercice de la compétence doit être fondé sur des principes, mais le critère, c'est l'injustice. L'injustice doit

⁶ [2011] EWHC 1981 (Ch.) (Arnold J)

⁷ [2016] EWCA Civ 638.

être considérée et décidée à la lumière des conditions et des normes d'aujourd'hui et non de celles de l'autrefois.⁸

Cette déclaration a été faite dans le contexte du remède (relativement) discrétionnaire d'une injonction, mais en termes généraux, les sentiments exprimés s'appliquent, étant donné que la loi doit faire face aux conséquences de la nouvelle technologie.

La normalisation de la technologie constitue un autre défi à la manière dont la propriété intellectuelle fonctionne actuellement à l'ère numérique. La technologie numérique dépend des normes. Puisque tout est connecté, les objets connectés doivent pouvoir communiquer les uns avec les autres. Pour cela, ils doivent parler la même langue. En termes techniques, les appareils doivent fonctionner conformément aux protocoles convenus. Cela s'applique à Internet lui-même, à l'accès wifi, à la téléphonie mobile et bien plus encore. Ces protocoles sont censés fonctionner partout dans le monde. Ainsi, par exemple, un téléphone 4G dans un état devrait pouvoir fonctionner dans n'importe quel réseau téléphonique 4G n'importe où dans le monde, avec un équipement d'infrastructure réseau construit par n'importe quel fabricant. On devrait pouvoir téléphoner à n'importe quel téléphone – un téléphone fixe, ou un téléphone 2G, 3G ou 4G partout dans le monde.

Ces systèmes sont très innovants et très compliqués. Leur développement donne lieu à de nombreuses inventions brevetables, et encore plus de brevets. Ces brevets sont connus sous le nom de 'brevets essentiels pour certaines normes' : il est nécessaire d'utiliser l'invention pertinente pour travailler la norme. La possession d'un tel brevet essentiel donne au breveté la possibilité d'un énorme pouvoir de marché sur une base globale. Ils pourraient prendre les responsables en otage. Ainsi, les organismes d'établissement des normes, tels que l'Institut européen de normalisation des télécommunications (ETSI), exigent des titulaires de brevets essentiels de s'engager à concéder leurs brevets sous licence aux termes de FRAND. FRAND signifie équitable, raisonnable et non discriminatoire. Les principales caractéristiques de FRAND: que les injonctions ne devraient pas être nécessaires et que les taux de redevance de la FRAND devraient être fixés à un niveau approprié.

La suivant constitue un bon résumé de l'objectif du système FRAND:

‘Pour les utilisateurs authentiques qui sont prêts à payer des redevances raisonnables, les détenteurs de brevets essentiels ne devraient pas refuser directement d'accorder des licences. D'une part, il est nécessaire que les brevetés puissent obtenir des rendements suffisants de leurs innovations

⁸ [1996] AC 284.

techniques. D'autre part, les détenteurs de brevets essentiels devraient être empêchées de faire payer des taux de redevances exorbitantes ou fixer des conditions déraisonnables en exploitant leur position de force. L'essentiel des obligations FRAND réside dans la détermination de redevances et de redevances raisonnables et non discriminatoires.'

Ce passage est tiré d'un arrêt de la Haute Cour du peuple de la province de Guangdong en Chine (*Huawei c InterDigital* (2013)). Il montre que l'engagement ETSI/FRAND a été abordée dans les tribunaux partout dans le monde, y compris les tribunaux des États-Unis, et le Japon, ainsi que les tribunaux en Europe (principalement en Allemagne), ainsi que la CJUE - *Huawei c ZTE*, et récemment dans la Haute cour à Londres.

Mais cela a posé quelques défis juridiques au système de propriété intellectuelle. D'un côté, la plupart des cas sont vraiment au sujet du taux de redevance. Les tribunaux peuvent-ils régler les modalités d'une licence entre deux parties, y compris un taux de redevance pour l'avenir? Les tribunaux allemands ne l'acceptent pas mais des cours aux États-Unis, en Chine, et au Japon et, plus récemment, la Haute Cour d'Angleterre et du Pays de Galles ont décidé que cela est possible. Dans la première décision sur ce sujet partout dans le monde, le juge de district américain James Robart dans *Microsoft c Motorola* a fixé un taux de redevance FRAND pour un brevet wifi. Mais cet exercice a été mené avec le consentement des deux parties et par conséquent, la compétence pour le faire n'a pas à être examinée. Dans d'autres cas, il n'y a pas d'accord entre les parties. Quelle est la portée appropriée d'une telle détermination? Un tribunal ne doit-il décider que des questions relatives à la FRAND pour son propre territoire même s'il s'agit de questions globales avec des implications mondiales?

Pour un breveté, le principal recours est une injonction d'exclusion visant à restreindre la contrefaçon, mais la capacité d'obtenir ce type de recours peut parfois placer trop de pouvoir entre les mains du breveté - d'où l'engagement FRAND. Dans *Huawei c ZTE*, la CJUE a analysé FRAND uniquement en termes de droit de la concurrence et de l'article 102 du TFUE (abus d'une position dominante). Les décisions allemandes l'ont analysé sur la même base. Mais le droit de la concurrence peut être un instrument inefficace, et on peut demander si tous les détenteurs de brevets essentiels tiennent une position dominante. Maintenant, l'engagement FRAND/ETSI est donnée dans un cadre régi par le droit français. Dans *Unwired Planet c Huawei*, au regard des avis d'expert en droit français, j'ai décidé que l'engagement est exécutoire devant la Haute Cour à la demande d'un tiers qui voulait une licence selon la doctrine française de stipulation pour autrui. Sur cette base, la décision était que le tribunal avait compétence pour décider de ce qui était et, et de ce qui n'était pas FRAND, et

que cette compétence s'appliquait en termes généraux et non seulement au territoire particulier dans lequel le différend avait surgi.

Le manque de législation est une caractéristique de la manière dont les tribunaux du monde entier ont dû faire face à la normalisation numérique. La totalité de l'édifice de FRAND, et comment traiter des brevets essentiels a été construit en appliquant les principes juridiques et les remèdes existants à cette nouvelle situation. En l'espace de quatre ans, un paysage juridique très flou qui causait une réelle incertitude commerciale a été considérablement clarifié. Une caractéristique, c'est que les tribunaux de différents pays lisent et prennent en compte les décisions des uns et des autres. Cela ne peut être qu'un développement positif.

L'ère numérique a donc posé des défis majeurs pour les lois mondiales sur la propriété intellectuelle. Les défis se posent au niveau de la législation et aussi devant les cours. Elles peuvent répondre à ces défis lorsque la loi permet aux cours de le faire.