

**Séminaire
Ressources Technologiques
et Innovation**

organisé grâce aux parrains
de l'École de Paris :

Accenture
Air Liquide¹
Algoé²
ANRT
Arcelor
Cabinet Regimbeau¹
Caisse des Dépôts et Consignations
Caisse Nationale des Caisses
d'Épargne et de Prévoyance
CEA
Centre de recherche en gestion
de l'École polytechnique
Chambre de Commerce
et d'Industrie de Paris
CNRS
Conseil Supérieur de l'Ordre
des Experts Comptables
Danone
Deloitte & Touche
DiGITIP
École des mines de Paris
EDF
Entreprise & Personnel
Fondation Charles Léopold Mayer
pour le Progrès de l'Homme
France Télécom
IBM
IDRH
IdVectoR¹
Lafarge
PSA Peugeot Citroën
Reims Management School
Renault
Royal Canin
Saint-Gobain
SAP France¹
Schneider Electric Industrie
THALES
Total
Unilog

¹ pour le séminaire
Ressources Technologiques et Innovation
² pour le séminaire Vie des Affaires
³ pour le séminaire
Entrepreneurs, Villes et Territoires

(liste au 1^{er} août 2004)

**DROIT DE LA PROPRIÉTÉ
INTELLECTUELLE ET CONCURRENCE**

par

François LÉVÊQUE

Professeur de droit et d'économie à l'École des mines de Paris

Séance du 11 février 2004

Compte rendu rédigé par Jean-Paul Bauret et Michel Berry

En bref

Aux yeux des économistes, la propriété intellectuelle présente des défauts qui s'aggravent. Jusqu'alors, ils étaient sceptiques sur l'effet favorable des brevets sur l'innovation : les preuves empiriques d'un accroissement de la R&D grâce aux brevets ne sont en effet toujours pas établies. Ils soutiennent aujourd'hui que le renforcement du droit du brevet arrive à freiner l'innovation. D'instrument incitatif, la propriété intellectuelle serait devenue un facteur de troubles : capture de rente au détriment des consommateurs, blocage des concurrents, etc. Certains appellent alors la politique de la concurrence à la rescousse : ne pourrait-elle pas remédier aux excès et aux dérives du droit de la propriété intellectuelle ?

*L'Association des Amis de l'École de Paris du management organise des débats et en diffuse
des comptes rendus ; les idées restant de la seule responsabilité de leurs auteurs.
Elle peut également diffuser les commentaires que suscitent ces documents.*

EXPOSÉ de François LÉVÊQUE

Les rapports entre droit de la propriété intellectuelle, droit de la concurrence et innovation font l'objet de débats tant en Europe qu'aux États-Unis. La réflexion est particulièrement stimulante en Amérique, sur l'impulsion entre autres des milieux universitaires ; elle est moins riche sur le vieux continent où l'institution communautaire pèse d'un poids particulier.

Le débat aux États-Unis

Les Américains s'interrogent sur la façon dont l'activité économique et le développement de l'innovation sont impactés par le renforcement, depuis une vingtaine d'années, du droit des brevets, et sur la pertinence des actions de régulation menées par les autorités de la concurrence pour tenter de corriger ex post les effets négatifs d'une politique laxiste de délivrance de brevets.

Ces interrogations se sont notamment traduites en 2003 par la publication d'un rapport de la Federal Trade Commission (FTC) intitulé *Promouvoir l'innovation : un juste équilibre entre les politiques et les droits du brevet et de la concurrence*.

Ce rapport très consistant comporte, entre autres, onze recommandations qui portent principalement sur des mécanismes permettant d'améliorer la qualité des brevets déposés auprès de l'Office américain des marques et brevets, le US Patent and Trademark Office (USPTO). Cet organisme est en effet fortement critiqué pour la facilité avec laquelle il délivre les titres juridiques : environ mille demandes de brevets y sont déposées par jour, et l'examen des critères d'inventivité reste limité puisqu'en moyenne, avec l'effectif disponible, c'est seulement une vingtaine d'heures qui est consacrée à l'examen de chaque dossier.

Ces réformes ont été proposées, soutenues ou initiées par les travaux menés depuis une quinzaine d'années par des économistes qui mettent en avant un certain nombre d'arguments.

Droit de la concurrence et droit de la propriété

Premier argument : les droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence se complètent plus qu'ils ne s'opposent. En première approche pourtant, les personnes peu familières de ces domaines ont tendance à considérer que le droit de la concurrence combat les monopoles alors que le droit de la propriété intellectuelle en crée.

Or, le droit de la concurrence ne condamne pas les monopoles mais l'abus de monopole. En effet, les entreprises qui conquièrent progressivement une position dominante par le mérite, grâce par exemple à de bons investissements en R&D, ne sont pas condamnables, car sinon il n'y aurait plus d'innovation. De son côté, le droit de la propriété intellectuelle n'octroie pas un monopole, mais une exclusivité sur une invention qui ne se traduit pas ipso facto par un monopole sur un marché ; le fait de disposer d'un brevet ne dit rien sur les techniques qui peuvent se substituer à celle ainsi protégée.

Les économistes américains mettent l'accent sur le caractère incitatif du droit de la propriété intellectuelle avec l'idée que l'invention se matérialise par de la production d'information, un bien non excluable¹. Le mécanisme juridique mis en place par le droit de la propriété intellectuelle rend le bien excluable en obligeant les utilisateurs à payer sous forme de royalties les services offerts. Quant au droit de la concurrence, il contribue indirectement à l'innovation en faisant en sorte que le marché reste ouvert.

¹ Bien non excluable : terme qui signifie que l'on ne peut faire payer le consommateur pour accéder à ce type de bien ; par exemple, un éditeur ne peut empêcher qu'un même livre soit prêté et lu par plusieurs personnes.

Les brevets qui bloquent l'innovation

Deuxième argument : l'extension et le renforcement du droit de la propriété intellectuelle finissent par bloquer l'innovation. Depuis vingt ans, les USA ont connu une extension et un renforcement du droit des brevets et de la propriété intellectuelle en général ; y compris dans les domaines de la génétique et des logiciels. Et vu ses relativement faibles moyens, l'USPTO aurait tendance à se rapprocher d'une chambre d'enregistrement, en laissant passer de mauvais brevets ne satisfaisant pas aux critères d'inventivité.

Cette évolution a provoqué un basculement dans la vision des économistes déjà sceptiques quant aux conséquences favorables de la propriété intellectuelle sur l'innovation. Deux grandes enquêtes, à dix ans d'écart, auprès des directeurs de la recherche dans les grandes sociétés américaines, avaient déjà mis en évidence que la plupart d'entre eux plaçaient très bas la propriété intellectuelle comme moyen de protection. Et il est vrai qu'il existe d'autres moyens susceptibles de protéger une innovation : que ce soit le niveau élevé des coûts d'imitation ou l'avantage du *first mover*, c'est-à-dire d'être le premier à commercialiser le produit concerné. Celui qui innove n'a donc pas forcément besoin de l'outil de la propriété intellectuelle pour garder le bénéfice de son invention.

Les économistes estiment désormais indispensable une évolution du droit de la propriété intellectuelle. Ils appuient leur argumentation sur le caractère cumulatif ou séquentiel de l'innovation, avec la mise en évidence de deux types de problèmes :

- les risques de "hold-up" : des brevets sous-marins antérieurs peuvent subitement être opposés à une entreprise qui s'apprête à mettre sur le marché un produit nouveau, et se trouve donc contrainte à payer des droits pour tirer bénéfice de son invention ;
- la tragédie des anti-communaux² : celui qui veut innover dans un domaine couvert par un grand nombre de brevets doit demander l'autorisation à tous les détenteurs, avec multiplication de droits à payer.

Les économistes ont mis en évidence à partir de ces deux modèles que le brevet dans sa mise en œuvre pouvait conduire à freiner, voire même à bloquer l'innovation. D'où leurs recommandations en matière de transformation de la mise en œuvre du droit de la propriété intellectuelle.

L'autorité de concurrence arrive après la bataille

Troisième argument : ce n'est pas la vocation de l'autorité de la concurrence que de contrer les effets jugés négatifs de tel brevet ou tel règlement ; du reste elle n'est pas techniquement armée pour ce genre d'intervention. Lorsqu'elle le fait, c'est évidemment après coup, sur des critères d'opportunité, qui introduisent une insécurité juridique néfaste pour les investisseurs en R&D.

C'est ainsi qu'au cours des années 1970, la FTC, l'autorité américaine de la concurrence, a jugé nécessaire d'entamer une action contre le monopole qu'avait construit la société Xerox grâce au dépôt de plus de mille brevets autour de son photocopieur. Sur quels critères se fonde une telle intervention ? L'autorité de la concurrence a-t-elle les compétences requises ?

² Le morcellement de la propriété est un obstacle à l'échange que les économistes qualifient de tragédie des anti-communaux (Heller et Eisenberg, 1998). Ce terme décrit la situation de plusieurs propriétaires disposant d'un droit d'exclusivité. En l'exerçant, ils restreignent l'accès, et partant l'usage des ressources communes. Chacun tente de profiter au mieux de sa position et le résultat ne maximise ni l'intérêt collectif ni même celui des seuls propriétaires.

Qu'en est-il en Europe ?

En Europe, le débat est plus limité et les services de la Commission européenne ont imposé leur point de vue avec la rédaction d'un nouveau règlement européen qui doit entrer en vigueur fin mai 2004. Il faut rappeler que le cadre de l'Union européenne ne met pas sur le même plan la politique de la concurrence – qui relève de la politique communautaire – et le droit des brevets, qui reste de la compétence des autorités nationales, même s'il existe un Office européen des brevets (OEB)³. La Direction générale de la concurrence (DGC) pèse donc d'un poids particulier.

L'attention est actuellement focalisée sur le nouveau projet de règlement en matière de propriété intellectuelle, préparé par la DGC. Ce texte a été très critiqué car il utilise les parts de marché comme critères essentiels d'analyse économique. Les accords entre firmes seront considérés ou non comme licites suivant qu'ils entraînent ou non le contrôle de 20 % du secteur concerné si l'accord est passé entre entités concurrentes, et 30 % s'il concerne des non-concurrents.

Or dans les domaines de la technologie et de l'innovation, ce critère paraît peu opérationnel, tout d'abord en raison de la complexité des produits visés et ensuite parce que l'on se situe plutôt dans la perspective de parts de marchés potentielles, avec également la possibilité de bouleversement rapide des positions. Ces critiques n'ont pas convaincu la DGC qui a maintenu ces critères dans son projet de texte.

D'autre part ce règlement est complété par soixante-dix pages de lignes directrices assez peu claires qui, dans l'esprit de la DGC, sont censées présenter les critères d'analyse économique permettant de distinguer les accords pro-concurrentiels et les accords anticoncurrentiels.

Ce rapide état des lieux montre la différence des approches américaines et européennes, et la relative faiblesse en Europe de la réflexion économique.

Une analyse économique des accords de licence

L'analyse économique peut pourtant aider à évaluer l'impact sur la concurrence d'un accord de licence. Les outils d'analyse proposés ici s'appuient, de manière volontairement simplifiée, sur seulement deux variables : l'existence ou non d'un pouvoir de monopole ; le caractère horizontal ou vertical des relations entre donneur de licence et licencié.

De façon générale, comme le rappellent d'ailleurs les lignes directrices du projet de règlement européen, un accord de licence est pro-concurrentiel ; il est favorable à l'intérêt général car il permet en fin de compte l'utilisation de l'invention à des fins de création de richesses par l'agent économique le mieux placé dans la division du travail. En effet l'inventeur n'est pas toujours le mieux placé pour valoriser son invention. Il faut cependant analyser un peu plus finement les situations, selon qu'inventeur et licencié sont ou non en position de monopole.

Premier cas de figure : *ni l'inventeur ni le licencié ne sont en position de monopole.* Ce cas est simple : il existe des produits de substitution, la licence ne produit pas d'effet anticoncurrentiel.

Deuxième cas : *le donneur de licence et le licencié sont en relation verticale, chacun possédant un pouvoir de monopole (ou une position dominante).* Contrairement à l'apparence, un accord de licence est favorable à l'intérêt général. C'est Augustin Cournot qui a démontré en 1838 qu'un monopole verticalement intégré est plus favorable à l'intérêt général que deux monopoles verticaux séparés. En effet, le profit de la nouvelle entité après fusion sera

³ Signée en 1973, la convention de Munich a donné naissance à une procédure d'examen des inventions auprès de l'Office européen des brevets, créé à cet effet. Cependant le brevet européen ne se substitue pas aux brevets nationaux.

supérieur, et pour le consommateur final, le prix va baisser (sous réserve de se placer dans le cadre de relations entre producteurs de biens complémentaires⁴). Un échange de licence qui revient à une quasi-fusion, ou du moins à un accord entre les producteurs, sera, dans ce cas très particulier, favorable à l'intérêt général.

Troisième cas : *le donneur de licence bénéficie seul d'une position dominante.* Ce cas met en valeur la démarche logique que doit suivre l'autorité de la concurrence pour prendre position : elle devra prendre pour référence la situation qui prévaudrait dans le cas où il n'y aurait pas de licence. L'analyse économique, s'appuyant sur le théorème du profit du monopole unique, démontre qu'il n'y a pas d'effet anticoncurrentiel d'un accord de licence : il n'y a pas besoin d'avoir une position forte sur les différents maillons d'une chaîne verticale pour extraire la totalité de la rente de monopole.

Quatrième cas : *le donneur de licence dispose d'une position dominante, le licencié a une position dominante ou non.* Dans ce cas, il y a accord de licence entre deux concurrents au détriment du consommateur. Il y a cependant une exception intéressante : la mise en place de licences croisées entre deux détenteurs de monopole est en général favorable au consommateur, l'accord mettant fin à une situation où chaque brevet est en mesure de bloquer l'autre. Mais imaginons la situation où l'un des détenteurs pense que son brevet n'est pas valide : il peut bluffer et tenter de négocier avec son concurrent un accord de licence croisé, construire ainsi un accord de cartel.

En conclusion dès lors que les deux brevets sont valables, l'accord de licence croisé est favorable à l'intérêt général ; ce n'est plus le cas si l'un des deux brevets est sans valeur. Ce développement met en évidence la difficulté devant laquelle se trouve placée l'autorité de la concurrence lorsqu'elle doit s'aventurer sur la question de l'évaluation d'un brevet.

Ces exemples schématiques veulent illustrer la pertinence de l'analyse économique pour clarifier le débat sur les effets négatifs ou positifs des accords de licence. De manière plus générale, ils tendent à mettre en évidence la difficulté de se reposer sur les seules autorités de la concurrence pour évaluer la validité et le mérite des brevets et conclure sur le caractère favorable ou non pour le consommateur d'un accord de licence.

DÉBAT

Idées et intérêts

Un intervenant : *Comment ces réflexions des économistes et les recommandations de la Federal Trade Commission se traduisent-elles dans les faits ? La parole ne suffit pas à déplacer le jeu des intérêts : les brevets font vivre les offices, des experts et des avocats ; les grandes entreprises peuvent s'en servir comme armes pour terroriser les petites, etc.*

François Lévêque : Pour l'instant (en février 2004) il ne s'est rien passé car on attend une succession de rapports, en particulier celui de la National Science Foundation, autorité très respectée ; ses conclusions devraient être proches de celles de la FTC et reprendre l'idée que le droit des brevets présente des excès auxquels il faut remédier. Est-ce que cela aura des effets ? Je ne saurais le prédire : non seulement des intérêts très importants sont en jeu, mais on touche au sacré car le droit à la propriété y compris intellectuelle est au cœur du premier

⁴ Sont des produits complémentaires (par opposition à de produits substituables) des produits tels que si le prix de l'un augmente, la demande pour l'autre produit diminue. Un exemple est celui de la fixation de ski et de la planche nue : si le prix de la fixation augmente, le prix du ski augmente, le volume des achats de ski et donc de planches va diminuer. Des producteurs de biens complémentaires ont donc intérêt à s'entendre sur les prix de leurs produits.

article de la Constitution américaine. Pour changer les choses il faudra passer par le Congrès, et il n'est pas sûr qu'il bouge.

Ce qui me rend optimiste, c'est que les Américains croient en la force des idées, les chercheurs européens étant plutôt cyniques (« *cela ne sert à rien, les politiques ne nous écoutent pas !* ») ou relativistes (« *tout se vaut !* »). Je suis impressionné par le poids que prennent une dizaine de personnes, dont cinq de Berkeley, en écrivant des papiers de fond sur cette question.

Int. : *Le marché unique est le mythe fondateur de l'Union européenne, et l'ouverture à la concurrence une obsession de la Commission. Le danger en Europe n'est-il pas plutôt que la concurrence balaye tout ?*

F. L. : Tout le monde dit que le modèle de l'Office européen des brevets est plus vertueux que l'américain. Il y a, à vrai dire, peu d'études empiriques de cette question et il vaudrait mieux vérifier. Mais il n'y a pas de droit de la propriété intellectuelle en Europe et la Commission n'a pas de pouvoir en matière de propriété intellectuelle. C'est ce qui explique que la DGC, ou le droit de la concurrence, sont mobilisés de façon opportuniste. Mais je ne pense pas que le droit à la concurrence balaye les autres intérêts.

Thierry Sueur : *Je m'occupe de propriété intellectuelle depuis longtemps, d'abord chez Thomson, maintenant chez l'Air liquide ; je préside le comité du MEDEF sur la propriété intellectuelle et je suis présent dans un certain nombre d'associations internationales traitant de ce sujet. Je constate que les économistes interviennent de plus en plus dans le débat, et c'est un bien. Les entreprises servent leurs intérêts propres et il est important que d'autres repèrent les dysfonctionnements auxquels cela conduit et cherchent à les comprendre pour les changer.*

Je suis toutefois frappé des hésitations des économistes sur l'impact de la propriété intellectuelle sur l'innovation. Le vif débat d'aujourd'hui sur les logiciels ou les biotechnologies a eu lieu sur la chimie et la pharmacie il y a respectivement cent et cinquante ans. Des économistes réputés comme Dominique Foray disent qu'on n'arrive pas à montrer l'impact des brevets sur l'innovation, sauf dans le cas de la chimie et de la pharmacie, à propos desquels on disait justement il y a cent ans que c'étaient typiquement des domaines dans lesquels il ne fallait certainement pas appliquer les brevets...

Par ailleurs, beaucoup d'analyses sont fondées sur le monde américain, qui est profondément différent du nôtre. On jette l'anathème sur les États-Unis pour leur laxisme en matière de brevets (LES – Licensing Executives Society), mais on oublie que, dans les années 1950, c'était un pays hostile aux brevets. Un juge américain fameux disait à l'époque : « Le seul brevet valable, c'est celui qui n'est pas passé dans mon bureau, car quand j'en vois un, je l'annule. » Cela montre que des évolutions radicales sont possibles dans ce pays.

Quant à l'image du gros qui terrorise le petit, elle ne correspond pas à ce que j'observe. Je préside une association majoritairement constituée de petites entreprises qui attachent une grande importance aux brevets, en particulier dans la Silicon Valley. La part de PME dans les dépôts de brevets va d'ailleurs croissant. Les grandes entreprises vivent souvent l'expérience opposée, celle de voir les petits inventeurs leur opposer un brevet. Jusqu'à une certaine somme, elles payent sans regarder si le brevet est valable, car cela prend du temps.

Enfin, j'aimerais connaître l'impact des faits sur les théories. On a un essai en vraie grandeur sur les brevets des logiciels aux États-Unis. A-t-on pu étudier leur impact effectif ? J'ai souvent posé la question sans avoir rien entendu venant du terrain.

F. L. : Il y a un rôle essentiel, fantastique, de la propriété intellectuelle, qui est de faciliter les échanges. Les économistes n'ont pas assez mis l'accent sur ce point. Quand il n'y a pas de droit à la propriété, on ne sait pas ce qu'on vend ni ce qu'on achète, et il y a un problème de fixation de prix. Si vous êtes petit, vous êtes obligé de devenir grand pour valoriser votre invention, ce qui n'a pas de sens ! Même s'il n'y avait pas d'effet favorable de la propriété intellectuelle sur l'innovation, il faudrait la garder pour faciliter les échanges.

Je n'ai pas connaissance d'études empiriques cherchant à évaluer les effets des brevets sur les logiciels. Cela dit, les évolutions de la R&D dans le logiciel ont été indépendantes de la propriété intellectuelle : le brevet est arrivé après la première vague massive d'innovations.

Int. : *Le problème vient de ce que ce n'est pas simplement les faits qu'on doit connaître, mais ce qui se serait passé s'il n'y avait pas de changements institutionnels. C'est très difficile, et ceux qui ont l'esprit scientifique sont en position de faiblesse par rapport à ceux qui s'expriment de façon péremptoire. En fait, c'est un principe de précaution qu'il faudrait appliquer car, quand on modifie les législations pour obéir à des intérêts ou à des croyances naïves, on revient difficilement en arrière. Mais c'est très difficile d'opposer un doute à des intérêts ou à une mauvaise connaissance de la complexité des problèmes.*

Les brevets, sources d'incertitudes

Thierry Weil : *Les start-ups californiennes sont parfois favorables aux brevets, mais ce n'est pas séparable du contexte : en Californie, les litiges sont traités par des jurys populaires, qui sont portés à défendre les petits. En Europe, ce sont les juges qui tranchent, après avoir commis un expert et l'incertitude concernant le jugement est élevée.*

Int. : *La vulnérabilité d'une petite entreprise est quand même à relier au coût d'un procès et au temps que cela prend. Quand il faut engager des millions de dollars, les petites et les grandes entreprises ne sont pas à armes égales.*

T. W. : *L'Académie des technologies s'était posé il y a deux ans la question de savoir s'il fallait ou non breveter les logiciels. Elle avait émis un avis globalement favorable, en l'assortissant de conditions de mise en œuvre très strictes, notamment la mise en œuvre d'un système d'examen garantissant la qualité et la nouveauté et un système de mutualisation du coût des litiges pour que les petites entreprises soient à armes égales, tout en évitant les abus que cette externalisation du coût des procès pourrait engendrer.*

Int. : *En tant que praticien en matière de propriété industrielle, j'aimerais mettre l'accent sur les incertitudes créées par le système.*

La première incertitude est liée au fait qu'une invention est définie par des mots : chacun peut les interpréter à sa manière, et on ne sait pas clairement si on est en dedans ou en-dehors du champ de l'invention. Les outils judiciaires pour trancher sont très lourds. On parle certes de monter des cours judiciaires spécialisées en Europe pour améliorer le système, mais les progrès seront lents.

La deuxième source d'incertitudes tient aux systèmes de publication différée de dix-huit mois des brevets. Quand vous mettez six à douze mois pour développer un produit, alors qu'il fallait quatre ans auparavant, vous pouvez voir apparaître des brevets invisibles, ce sont les fameux brevets "hold-up". Les durées de publication prévues il y a deux siècles sont-elles vraiment appropriées aujourd'hui ?

Enfin il y a un réel manque de compétence, notamment auprès des offices de brevets, pour conduire des examens fiables et rapides. Il y a aussi un clientélisme d'offices de brevets qui ont tendance à les accorder assez facilement.

Au total, ce ne sont pas tant les principes de la propriété industrielle qu'il faut remettre en cause, mais le flou croissant qui entoure les pratiques.

T. S. : *Cacher ses droits pendant dix-huit mois est un privilège extraordinaire, surtout dans les domaines où les choses vont très vite. C'était encore pire aux États-Unis : des brevets pouvaient rester sous-marins pendant douze ans, voire plus. On raccourcit le délai aujourd'hui, mais la durée reste trop importante pour certains domaines.*

F. L. : *Vous avez raison de mettre l'accent sur l'incertitude. Certains économistes disent que les brevets ne donnent pas des droits, mais seulement une probabilité de droits ; pour savoir s'il s'agit de droits effectifs, il faut aller en justice. Là se joue la question de savoir si les offices de brevets sont ou non des chambres d'enregistrement. Il y a des moyens simples pour*

arriver à une meilleure application des règles, comme créer des procédures d'opposition et mieux impliquer les tierces parties.

Pour un économiste, le système actuel marche sur la tête. Considérons un examinateur économiquement rationnel : la chance que sa décision prise aujourd'hui soit dénoncée dans cinq ans est faible ; pour dire non à une demande de brevet, il lui faut consacrer beaucoup plus d'efforts et de temps ; enfin refuser coûte à l'office de brevet alors qu'accepter lui rapporte.

Int. : *Une vraie difficulté aujourd'hui est de trouver les experts compétents pour ce travail, or il en faudrait des milliers pour accroître la sévérité et la fiabilité du système.*

T. W. : *La procédure d'opposition est beaucoup plus pratiquée et efficace en Europe qu'aux USA (8 % en Europe et 0,3 % aux États-Unis). Quand un concurrent s'alarme des effets d'un brevet, il peut déposer une opposition. Mais il lui faut beaucoup de civisme pour faire le premier pas quand beaucoup de concurrents sont concernés. Les économistes envisagent-ils des systèmes de mutualisation ?*

F. L. : Richard Gilbert, chef du département d'économie à Berkeley propose la création d'un fonds public pour attaquer des brevets qui bloquent l'innovation quand on est dans le cas de passager clandestin : si je bouge et que je gagne, les autres vont en profiter, donc j'attends.

À quoi servent les brevets ?

Int. : *Vous avez évoqué les enquêtes montrant que, dans l'esprit des entreprises, les brevets ne sont pas considérés comme les meilleurs moyens d'assurer un bon retour sur investissement. Le premier moyen que les industriels sont portés à privilégier est le secret, mais c'est souvent une protection illusoire. Le deuxième moyen est de se ménager une avance technologique, mais, à moins d'innover à un rythme rapide, cela n'apporte pas le retour sur investissement voulu. Les entreprises n'aiment pas beaucoup les brevets car les procédures en sont complexes, il faut spécialiser des gens en interne, cela fait perdre du temps aux personnes de la R&D car il faut préparer des dossiers. C'est pourquoi ils ne figurent pas en tête de liste dans les sondages, mais ils sont indispensables et les entreprises en déposent de plus en plus.*

F. L. : C'est une première explication, mais j'en vois une autre : le brevet est devenu une arme de défense. Je pense qu'il y a en fait un grand consensus sur le caractère indispensable du brevet et de la propriété intellectuelle.

Int. : *Quand on dépose un brevet défensif, les concurrents ne savent pas si la motivation était défensive ou offensive, si vous voulez seulement vous protéger ou préparer une attaque. C'est qu'il manque d'un outil qui existait en France dans le passé : la possession personnelle antérieure. Cela voulait dire que quiconque détenait une invention avant qu'une autre personne ne dépose un brevet pouvait continuer à l'exploiter. C'est ainsi qu'on multiplie les dépôts de brevets pour éviter d'être ennuyé par les déposants futurs.*

T. W. : *Pourquoi certains industriels déposant des brevets défensifs renouvellent-ils les annuités ? Un brevet déposé un an suffit à prouver l'antériorité et invalider toute requête.*

F. L. : C'est l'idée de monnaie d'échange : B a un brevet qui empêche A de faire ce qu'il veut et A dispose d'un brevet qui bloque B. Ils s'entendent alors : « Si tu viens m'embêter là, je vais t'embêter là-bas ». Si A n'a pas de brevet, il n'a pas de monnaie d'échange.

T. S. : *Pour préserver sa liberté d'exploitation il y a une stratégie simple : si l'innovation présente un intérêt économique, on dépose un brevet ; sinon, on la publie immédiatement. Pour la défensive, c'est comme il vient d'être dit : quand on s'aperçoit qu'un concurrent peut commencer à vous poser problème, on cherche à en faire autant ailleurs pour pouvoir faire la paix des braves. Mais on oublie souvent, y compris dans les grandes sociétés, qu'on a beau déposer beaucoup de brevets, l'ensemble des concurrents en déposent beaucoup plus.*

Int. : *Un élément nouveau est survenu récemment : le nombre de brevets déposés devient un indicateur pour juger de la “productivité” de la R&D des entreprises. Par ailleurs on observe des stratégies consistant à déposer des brevets, non pas pour protéger des pistes qui vont être exploitées, mais pour tapisser le champ entier, de sorte que les brevets deviennent les éléments d’un troc, un levier pour développer des partenariats.*

F. L. : Le brevet est presque devenu une fin en soi, un indicateur vis-à-vis des financiers. On commence même à le voir pour les universités. Il se détache de la question de l’innovation pour devenir un moyen de se défendre, d’engager un bras de fer avec un concurrent.

T. S. : *Il ne faudrait pas oublier que les brevets des autres sont des opportunités de progrès. Nous nous réunissons tous les mois pour passer en revue les brevets de nos concurrents. Ces séances sont parfois stressantes, quand on s’aperçoit que les autres ont eu de bonnes idées avant nous, mais ce sont aussi des moments de créativité extraordinaire : d’une part il faut trouver des nouvelles voies pour contourner les brevets, d’autre part les idées des concurrents nous en donnent pour aller au-delà. Quelle serait notre activité créatrice si on n’avait pas ces points d’appui pour progresser ? Comme les brevets sont assez bien organisés, codés et disponibles, on a de riches sources d’information.*

Les brevets et l’Europe

T. S. : *Il est vrai qu’il y a du laxisme aux États-Unis dans l’attribution de brevets, mais il y a aussi beaucoup à dire sur le fonctionnement des dispositifs européens. Je participe comme observateur au conseil d’administration de l’OEB. Les débats y prennent un tour un peu bizarre : le partage de l’argent entre pays membres prend en particulier le pas sur les questions géopolitiques, économiques ou industrielles. C’est une organisation jeune, dont les fondements sont sains, avec des gens de qualité, mais victime des ambiguïtés de sa création. Comme on ne savait pas si l’OEB marcherait, il lui a vraisemblablement fallu attirer les clients, c’est-à-dire faciliter les dépôts de brevets. Il faudrait reprendre les choses à la base, en évitant toutefois que le balancier bascule maintenant vers une extrême rigueur.*

F. L. : La mission de l’OEB ne doit pas être de favoriser l’industrie mais d’être gardien de l’intérêt général. Il ne doit pas considérer les industriels comme ses clients et perdre de l’argent quand il refuse un brevet.

T. W. : *Il serait logique que les politiques interviennent plus fortement dans la gouvernance de l’OEB, car le vrai client c’est la société. Mais, concrètement, les discussions sur les brevets n’intéressent pas grand monde parce qu’elles sont compliquées. C’est vrai dans les entreprises, mais c’est pire au niveau du gouvernement. Dans les réunions interministérielles auxquelles j’ai participé, par exemple pour décider de la position de la France sur une proposition de la Communauté européenne ou pour fixer le mandat du représentant de la France à l’OEB, j’ai constaté un jour que seulement trois personnes sur la vingtaine de participants avaient déjà lu un brevet, dont le représentant de l’Institut national de la propriété intellectuelle (INPI) et le conseiller brevets du ministre de la Recherche. Moyennant quoi, le débat en reste à de grands principes comme celui de traduire les brevets en toutes les langues, alors même que ceux qui discutent sur ces principes ignorent souvent que ces traductions sont fournies au moment où le brevet est accordé de manière définitive, souvent six ou sept ans après le dépôt et donc cinq ans après sa publication, en général en anglais. Il est clair que les veilleurs des concurrents préfèrent le lire en anglais qu’attendre l’information cinq ans de plus.*

Quand on envoie un représentant à l’OEB, c’est soit la personne de l’INPI, qui connaît les problèmes, soit un fonctionnaire, qui prépare son dossier avec le membre de l’INPI. C’est donc la position de l’INPI qui est défendue, lequel a deux priorités : développer son chiffre d’affaires et satisfaire ses clients. Plus généralement la Communauté européenne s’informe auprès des spécialistes de propriété intellectuelle d’entreprises, qui se retrouvent aussi autour des tables de négociation. Tout cela biaise les vues de la Commission.

Int : *Il me semble pourtant que les choses vont en s'améliorant.*

T. S. : *Je pense que l'OEB est une bonne institution européenne et qu'il faut la garder. Elle attire d'ailleurs de plus en plus d'États (la Pologne vient de la rejoindre). Il faut simplement l'améliorer et des efforts sont effectivement réalisés dans ce sens.*

F. L. : Je suis étonné qu'on parle peu de concurrence, car le droit de la concurrence est en train de modifier l'application du droit de la propriété intellectuelle.

T. S. : *Vous avez raison, le nouveau règlement va introduire un vrai bouleversement, qui a échappé pour l'instant à beaucoup d'acteurs. Qu'un accord soit illicite s'il aboutit à un contrôle de plus de 20 % du marché s'il est passé entre concurrents et plus de 30 % entre non-concurrents va nous poser des problèmes considérables. On arrive en effet très vite aux 20 %, et je vais souvent être obligé de donner un avis négatif sur des projets d'accords de licence avec de gros clients ou des concurrents. Je me demande si, au bout du compte, cela ne va pas freiner les échanges de technologies.*

F. L. : C'est vrai d'autant que le règlement est compliqué. Il ne s'agit pas seulement de juger l'existence ou non d'un accord, mais l'absence de clauses restrictives dans les accords de licence. Les industriels, pour éviter de rentrer dans cette mécanique complexe, risquent tout simplement de ne plus licencier. On risque donc de diminuer les échanges.

Int. : *Est-il question de prendre en compte la spécificité du secteur d'activité du déposant ?*

F. L. : Une critique apportée au système est qu'il s'applique de façon indifférenciée à tous les processus d'innovation. Le système des brevets est un instrument extrêmement grossier. Des idées circulent, sans avoir fait l'objet d'études détaillées, selon lesquelles on pourrait faire évoluer la propriété intellectuelle vers des "menus" dans lesquels certains brevets pourraient être proposés pour des durées plus courtes que d'autres, pour éviter le monolithisme actuel.

Un mécanisme traite toutefois indirectement cette question, selon lequel certaines innovations peuvent être brevetées, et d'autres non, et certains domaines être en dehors du champ de la brevetabilité (gènes humains, méthodes commerciales). Mais le champ de la brevetabilité s'étend, ce qui renforce le poids du monolithisme. La seule recommandation de la FTC avant d'étendre la brevetabilité à un nouveau domaine est de tenir compte des effets de cette extension sur la concurrence. Cela traite de façon pauvre et indirecte la diversité des situations.

T. W. : *Il y a un décalage entre les débats des économistes, qui visent à préciser la profondeur et la durée optimales des brevets en faisant référence à des critères dépendants du secteur et de l'innovation, et les accords de l'Organisation mondiale du commerce sur les brevets et la manière dont ils sont appliqués par l'OEB. Ce dernier considère que, soit le domaine de l'invention est en-dehors du champ des brevets, soit celle-ci est brevetable et le droit commun s'applique sans laisser beaucoup d'espace pour les ajustements.*

Présentation de l'orateur :

François Lévêque : professeur de droit et économie à l'École des mines de Paris ; il a publié *Économie de la propriété intellectuelle* (La Découverte, Collection Repères, octobre 2003).

Diffusion août 2004