



Le Concurrentialiste

Revue d'actualité de droit économique



Les brevets : un mal nécessaire ? Étude d'une possible remise en cause

par Thibault Schrepel, créateur du Concurrentialiste, LL.M.

Le débat sur la (non) justification des droits de propriété intellectuelle est le grand absent de la littérature économique et juridique de ces dernières années. De nombreux éléments tendent pourtant à ce que la question du bien-fondé de l'existence des brevets, et plus généralement des droits de propriété intellectuelle, soit au centre des attentions. Sans avis ferme et définitif sur la question, nous posons ici les termes d'une analyse qui devrait être développée.

Il conviendra pour cela de commencer notre brève étude par l'évocation d'une question centrale : les brevets sont-ils une incitation ou un frein à l'innovation ? (I.) Nous évoquerons ensuite une autre question qui mérite quelques développements : l'existence des brevets est-elle de toute façon justifiable ? (II.) Les éléments de réponse qu'il est possible d'apporter à ces deux questions nous amèneront à proposer 5 étapes très concrètes permettant d'évaluer la nécessité éventuelle des brevets (III.).

I. Les brevets : incitation ou frein à l'innovation ?

Les brevets récompensent le temps et de l'argent investi. Ils incitent à la recherche et encouragent ainsi la création de nouvelles innovations. Toutefois, en conférant au propriétaire du brevet le droit d'exclure toute autre acteur de son usage, qui plus est pendant une longue durée (20 ans en France et aux Etats-Unis), les brevets constituent également un frein à l'innovation. On notera également le très grand nombre d'inventions majeures qui n'ont jamais été brevetées⁽¹⁾. Une étude financée par la Réserve Fédérale de St Louis a démontré que 9 innovations majeures sur 10 n'ont jamais été brevetées, parmi lesquels la découverte du Polonium et du Radium⁽²⁾ ou le *World Wide Web*, ce qui tant à confirmer que si les brevets incitent à l'innovation, d'autres facteurs semblent faire de même.

En réalité, si les avantages que confèrent les brevets sont dans certains cas indéniables (généralement pour les petits inventeurs⁽³⁾), ils le sont bien moins dans d'autres. Prenons un exemple. Récemment, la société Tesla Motors, premier producteur de voitures

électriques aux Etats-Unis, a décidé de faire tomber l'intégralité de ses brevets dans le domaine public⁽⁴⁾. Outre l'aspect idéologique défendu par les dirigeants de cette société, on notera un intérêt commercial certain à ce que des opérateurs s'emparent de ces brevets, diffusent l'innovation, créent et démocratisent leurs créations. Tesla prend le pari que le marché de la voiture électrique ne peut se développer sans la présence de nombreux acteurs sur le marché, et que seule cette abondance d'offre est susceptible de créer la situation où des bornes de recharge seront disponibles dans chaque parking du pays⁽⁵⁾. En se séparant de ses brevets, Tesla démocratise son invention et profitera de l'externalité positive créée par les effets de réseaux.

De plus, en terme concurrentiel, les brevets constituent une barrière à l'entrée. Premièrement, les brevets permettent le maintien de prix artificiellement élevés⁽⁶⁾. Deuxièmement, les brevets obligent les nouveaux entrants à arriver sur le marché avec une technologie supérieure à celle des opérateurs déjà en place, et ce sans pouvoir utiliser celle déjà existante. En cela, on peut légitimement penser que les brevets stimulent l'innovation en imposant de surpasser immédiatement les concurrents. Mais la réalité peut être tout autre lorsque les opérateurs déjà en place brevètent des idées peu originales⁽⁷⁾ et indispensables au développement des concurrents. C'est d'ailleurs ce que dénonçait Bill Gates en 1991 alors que Microsoft était challenger d'I.B.M. et Novell⁽⁸⁾.

II. Les brevets : un droit de propriété injustifiable ?

La propriété intellectuelle confère le droit d'exclure de son usage tous ceux qui n'en jouissent pas⁽⁹⁾. Il fallait donc justifier la propriété intellectuelle. Deux écoles majeures se sont attelées à le faire⁽¹⁰⁾. D'un côté, les naturalistes défendent l'idée qu'une création intellectuelle, au même titre qu'une création physique, peut et doit bénéficier d'une protection⁽¹¹⁾. C'est la force de travail injecté dans le processus créatif qui lui confère ce privilège. De l'autre côté, les utilitaristes justifient l'existence des droits de propriété intellectuelle en ce qu'ils seraient à même de stimuler la création et donc aptes à maximiser le bien-être de la société⁽¹²⁾.

Pourtant, les raisonnements de ces deux écoles souffrent de plusieurs critiques⁽¹³⁾ :

La justification naturaliste est critiquable à plusieurs niveaux.

- Le premier tient en ce que certaines créations ne peuvent pas être protégées par la propriété intellectuelle⁽¹⁴⁾. C'est par exemple le cas des concepts philosophiques. Or, ne protéger que certaines créations intellectuelles crée nécessairement une situation injuste.
- Le deuxième est lié à la durée limitée de l'octroi de protections (20 ans pour un brevet) qui prouve l'arbitraire qui se cache derrière un système où la propriété n'est admise que pour un temps arbitrairement défini par le législateur. Et il va s'en dire qu'accorder des brevets d'une durée illimitée aurait des conséquences désastreuses sur l'innovation.
- Enfin, en admettant la propriété intellectuelle, il faudrait donc admettre que la propriété de chaque création peut, au moins en partie, être revendiquée par une autre personne que l'inventeur qui a déposé le brevet. Sans la formule $E=mc^2$ d'Einstein, une grande majorité des innovations de l'année 2014 n'auraient pas pu voir le jour. Einstein est-il bien fondé à réclamer la propriété de milliers de brevets déposés depuis la création de sa formule ? Le raisonnement ne tient pas. C'est ce que Murray Rothbard avait déjà relevé en 1962 dans un livre intitulé *Man, Economy, and State*⁽¹⁵⁾. Admettre les brevets, c'est indéniablement admettre une propriété sur le cerveau d'autrui.

La justification utilitariste des droits de propriété intellectuelle est également imparfaite.

- Plusieurs analyses⁽¹⁶⁾ tendent à prouver que l'incitation à innover qui est créée par l'existence des brevets est en réalité fictive⁽¹⁷⁾, ou tout au moins fortement nuancée.
- Egalement, il arrive que l'acquisition de nombreux brevets soit faite dans l'unique objectif d'introduire des actions en justice contre ses concurrents, ce qui a un effet néfaste indéniable sur l'innovation⁽¹⁸⁾. Cette stratégie d'acquisition massive de droits de propriété intellectuelle est d'ailleurs facilitée par une évaluation plutôt accommodante

du critère de la nouveauté qui est opérée de lors de la délivrance d'un brevet. Les chiffres parlent d'eux-mêmes. Samsung a fait en 2013 l'acquisition de plus de 4600 brevets, et IBM décroche la première place mondiale avec plus de 6800 brevets⁽¹⁹⁾. La justification utilitariste est ainsi mise à mal sur son propre terrain. En effet, si les effets bénéfiques à l'existence des brevets existent, ils demeurent difficiles à quantifier. Nous en voulons pour preuve qu'aucune étude empirique ne démontre une corrélation entre l'existence des brevets et le développement de l'innovation. En revanche, les effets néfastes liés aux brevets sont facilement quantifiables⁽²⁰⁾. L'incertitude des effets positifs se heurte donc à l'évidence des effets négatifs.

- Mais plus encore, nous notons qu'admettre une maximisation du bien-être de la société n'équivaut pas à justifier le fondement philosophique de la propriété intellectuelle. Admettons par exemple que voler aux plus riches permette cette maximisation. Cela ne justifie en rien la violation du droit de propriété qui est faite au moment du vol. Ainsi, l'idée d'une justification de la propriété intellectuelle par l'utilitarisme se trouve confronter aux critiques plus générales de tout système utilitariste, auxquelles les tenants répondront qu'une action qui maximise le bien-être total est nécessairement légitime.

Le droit de propriété découle avant tout de l'idée de rareté. Tel que Locke l'a expliqué, le titulaire naturel d'un droit de propriété est le premier qui en fait l'acquisition. Ainsi, le propriétaire naturel d'un terrain est le premier à en avoir pris possession. C'est la rareté de ce terrain qui justifie le droit de propriété. Or, la création intellectuelle n'est pas limitée. Deux personnes peuvent avoir une idée similaire sans avoir été influencées par l'autre. Egalement, le fait qu'une personne ait l'idée d'optimiser sa production d'une certaine façon n'est pas limité par l'utilisation de cette même technique par une autre personne⁽²¹⁾. La propriété intellectuelle ne se consume pas. Elle est donc également injustifiable du point de vue Lockien⁽²²⁾.

La rareté de la création intellectuelle est en fait fictivement créée par la reconnaissance d'un droit de propriété sur une ressource naturellement illimitée. En accordant un droit de propriété intellectuelle, le droit naturel de toute personne à exploiter les fruits de sa pensée est limité. De plus, ce droit de propriété intellectuelle limite non seulement la propriété intellectuelle d'un tiers, mais elle limite tout aussi

l'ensemble de sa propriété. Le brevet accordé sur une invention prévient en effet toute autre personne de pouvoir l'utiliser sur sa propriété physique.

Un autre problème intrinsèquement lié aux brevets est lié à la difficulté qu'ont les opérateurs à déterminer leurs exacts champs d'application. A la différence de la propriété physique, la propriété intellectuelle a des limites parfois/souvent difficile à cerner. S'il est impensable qu'un investisseur construise un immeuble à plusieurs millions de dollars sur un terrain qui ne lui appartient pas, on ne saurait en revanche s'étonner de la situation où une entreprise investie une somme similaire dans une technologie en réalité bloquée par des brevets déjà délivrés. Le résultat de tout cela est que l'insécurité juridique qui entoure les brevets crée une incitation à ne pas innover, afin (i) de ne pas être assigné en justice et (ii) de ne pas investir à perte dans de la R&D. En 2013, l'USPTO, l'office américain chargé de la délivrance des brevets, en a effectivement délivré à lui seul plus de 300 000⁽²³⁾. Inutile de préciser qu'il est impossible pour un inventeur (ou même pour une entreprise d'une taille importante) d'analyser le champ d'application de l'ensemble de ces brevets afin de s'assurer que les innovations qu'il développe ne sont pas déjà en partie au moins couvertes par des brevets existants. On estime ainsi qu'**entre 90 et 98% des procès intentés pour violation de brevets le sont contre des inventeurs indépendants et non de simples 'copieurs'**⁽²⁴⁾.

Outre les interrogations qui se posent quant à la légitimité des droits de propriété intellectuelle, d'autres apparaissent quant aux pratiques qui y sont liées. La question des *patent trolls*⁽²⁵⁾ est l'une de celles qui incitent à ranimer le débat sur la légitimité de la propriété intellectuelle. En effet, étudier les *patent trolls* amènent nécessairement à se questionner sur les justifications de la propriété intellectuelle pour deux raisons : (1) le fait que la maximisation du bien-être de la société se trouve réduit par ces *trolls*, ce qui tend à réfuter les thèses utilitaristes sur leur propre terrain, ainsi que (2) le fait que les *patent trolls*, en transcendant le droit de propriété confié par l'Etat lorsqu'il délivre un brevet, viennent porter atteinte au bon fonctionnement du marché que la propriété intellectuelle semble a priori préserver. Autrement dit, les *patent trolls* mettent en lumière les faiblesses du système de protection de la propriété intellectuelle. Les entreprises investissent d'importantes sommes dans le contentieux lié à cette matière⁽²⁶⁾. C'est autant de ressources qui ne vont pas dans la R&D. *Patent trolls* ou non, cette réalité est bien là.

III. Propositions : 5 étapes pour évaluer la nécessité des brevets

Plusieurs étapes peuvent être imaginées afin de réformer le système actuel d'incitation à l'innovation. Ces étapes sont progressives et peuvent être conditionnées au succès de celles précédentes.

1. Il serait dans un premier temps absolument indispensable d'opérer une étude comparative entre différents pays, leur système de protection des brevets (différentes durées, différents champs d'application) et de comparer l'état de l'innovation. Il s'agirait de chercher à établir un lien entre l'existence des brevets et les avancées techniques et technologiques. Aucune étude de ce genre n'existe à ma connaissance. N'hésitez pas à me contacter si jamais vous venez le désir de lancer un tel projet !
2. Dans un second temps, il pourrait être envisagé une réduction de la durée de protection des brevets. Par exemple, une réduction fixe de 5 années permettrait d'évaluer quels sont les effets à court, moyen et long terme d'une moindre protection. Cette proposition souffre toutefois d'un défaut majeur : elle risque de décourager effectivement certaines recherches où les opérateurs estiment que la durée de 20 ans est absolument nécessaire, sans que les bénéfices d'un système sans brevet n'apparaissent véritablement. Pour cette raison, une troisième étape est indispensable.
3. Dans un troisième temps, tel que je l'ai déjà défendu dans un article intitulé « *Patent troll through the US and EU antitrust law: when co-operation is no longer an option* », il semble être indispensable que la durée de protection que les brevets confèrent soit variable. Il est en effet impensable que tous les brevets, quelque soit leur type et quelque soit le marché sur lequel ils sont délivrés, bénéficient de la même protection. La variabilité de la durée des brevets doit nécessairement s'accompagner d'une analyse concurrentielle qui doit être faite avant la délivrance. C'est d'ailleurs ce qu'a indirectement relevé la Maison Blanche dans un communiqué du 4 juin 2013⁽²⁷⁾, preuve que l'idée a déjà émergé depuis un certain temps. Certains brevets peuvent nécessiter la protection d'une longue durée afin de compenser d'importants investissements. D'autres, particulièrement sur les marchés très lucratifs des nouvelles technologies, ne semblent



pas nécessiter une protection de 20 ans. L'incitation à innover sur le marché de l'Internet est telle que la durée actuelle des brevets semble bloquer le marché plus qu'elle le stimule.

4. Dans un quatrième temps, il est pourrait créé un nouveau critère d'évaluation lors de la délivrance des brevets. La stricte nécessité économique de la délivrance d'un brevet pourrait être un critère majeur de l'USPTO et des offices européens de délivrance des brevets. Aussi étrange que cela puisse paraître, les deux critères actuels qui subordonnent la délivrance d'un brevet, - il doit s'agir d'une solution technique et celle-ci doit être nouvelle -, ne contiennent aucune analyse de ce type. In fine, l'introduction de cette quatrième étape pourrait permettre d'évaluer quels sont les secteurs dans lesquels les brevets ont le plus grand effet néfaste. Il pourrait ensuite être proposé une suppression des brevets dans ces secteurs.
5. Enfin, en fonction des résultats obtenus à l'occasion des quatre étapes précédentes, il serait possible d'envisager une suppression totale des brevets. Et ce monde sans brevet n'est pas forcément si cruel qu'il n'y parait. D'une part, il serait plus juste en ce que les critiques faites aux justifications naturalistes et utilitaristes disparaîtraient complètement. D'autre part, toute innovation pourrait ainsi être reprise par d'autres inventeurs qui bénéficieraient certes de ses bénéfices, mais qui contribueraient généralement aussi à l'améliorer, ce qui profiterait in fine au premier inventeur qui en récolterait les fruits.

Par ailleurs, dans les cas où le développement d'un brevet est extrêmement couteux, comme dans le milieu pharmaceutique, deux auteurs ont établi⁽²⁸⁾ que l'Etat aurait alors un rôle à jouer afin d'allouer des fonds de recherche aux laboratoires les plus performants et/ou les moins chers (un peu comme en matière de marchés publics). En échange de la participation des laboratoires au développement d'un médicament, ceux-ci auraient droit de récupérer une part des bénéfices sur la vente des médicaments concernés. Cette part pourrait également faire l'objet d'une concurrence entre laboratoires au stade de l'allocation des fonds. Et il ne s'agirait pas de plus d'Etatisme car les Etats sont déjà extrêmement présents dans les diverses phases de développement des médicaments. Il n'y a qu'à voir quel est le processus aboutissant à la mise sur le marché d'un médicament : autorisation de mise sur le marché au niveau Européen, puis

français, puis avis de la Commission de la Transparence, et le prix est finalement délivré par le Comité Economique des Produits de Santé... Il s'agirait au contraire d'une simple ré-allocation du rôle de l'Etat qui se rendrait plus efficace qu'il ne l'est actuellement.

Et si ce système s'avère ne pas être viable, de nombreux autres sont régulièrement proposés afin de venir pallier à la difficulté que constituerait la suppression des brevets dans le domaine pharmaceutique⁽²⁹⁾. Joseph Stiglitz, Prix Nobel d'Economie en 2001, donne l'exemple de trois systèmes alternatifs qui pourraient venir pallier à la suppression des brevets, même dans les industries où leur utilité est aujourd'hui le moins contesté⁽³⁰⁾. Il s'agit d'un financement de la R&D par l'Etat, d'un système de dons, et d'un système avec octroi de prix. Stephen Kinsella y ajoute un quatrième système, celui du libre marché absolu⁽³¹⁾. Cette proposition permettent de pointer du doigt le fait que la suppression des brevets n'est pas synonyme d'ingratitude envers les innovateurs.

Ces différentes étapes montrent qu'il est possible d'imaginer un système différent, un système sans brevet. Ces étapes montrent surtout qu'il est possible d'expérimenter à différents niveaux afin de ne pas commettre l'irréparable si jamais il s'avérait que les bénéfices liés à l'existence des brevets surpassent en réalité les inconvénients rencontrés. Et si les brevets s'avéraient être indispensables, le système de protection devrait alors être repensé. Ainsi, si la justification naturaliste ne semble ne pas être viable, la mise en œuvre de ces étapes permettrait à minima d'évaluer la justification positiviste sur son propre terrain. En d'autres termes, cela permettrait d'évaluer à quel degré la violation de la propriété se trouve être justifiée par une maximisation du bien-être. Mais encore faudra-t-il s'accorder sur la façon dont ce bien être doit être évalué. S'agit-il en effet du bien-être total des producteurs et consommateurs comme le veut l'Ecole de Chicago, ou d'une analyse plus structuraliste comme l'Ecole d'Harvard le prône⁽³²⁾ ? Cette autre question appelle également à la diversité d'un débat que l'on trouve trop peu en France...

Bien entendu, l'extrême complexité de ce sujet appelle à la plus grande prudence. Mais prudence ne veut pas dire abstinence, et il serait dommage de se priver d'un débat à ce point fondamental sous prétexte de ses intrications diverses et variées. Les tenants du tout-brevet ne s'en privent d'ailleurs pas.



Notes de bas de page

- (1) R. FONTANA, A. NUVOLARI, H. SHIMIZU, A. VEZZULLI, Reassessing patent propensity: evidence from a data-set of R&D awards 1977-2004 les auteurs de cette étude ont analysé les innovations récompensées entre 1977 et 2004 du prix R&D dans la revue Research and Development : [lien](#)
- (2) N. FRÖMAN, Marie and Pierre Curie and the Discovery of Polonium and Radium : [lien](#)
- (3) Sur ce point, M. LEMLEY explique dans The Myth of the Sole Inventor (Stanford Public Law Working Paper No. 1856610) que l'inventeur capable de créer une innovation majeure dans son garage est un mythe sur lequel le système de protection par les brevets est pourtant fondé <http://goo.gl/SgjstW>
- (4) Voir le communiqué de la société, All Our Patent Are Belong To You ([lien](#)). Techniquement, Tesla s'est engagé à ne plus introduire aucune action en justice sur le fondement de la violation de ses brevets
- (5) Planet Money, Episode 551: The Case Against Patents : [lien](#)
- (6) J. STIGLITZ « patents had devastating real-world implications, because they kept the prices for the diagnostics artificially high », NYTimes, 14 Juillet 2013 : [lien](#)
- (7) L'USPTO a par exemple déjà délivré un brevet pour un sandwich au beurre de cacahuète... : [lien](#)
- (8) T. LEE, A Patent Lie, The New York Times, 9 Juin 2007 : [lien](#)
- (9) Voir sur ce N. PETIT et S. BOSTYN, Patent=Monopoly: A Legal Fiction : [lien](#)
- (10) D'autres le font aussi, voir notamment T. PALMER, Patents And Copyrights Morally Justified? The Philosophy Of Property Rights And Ideal Objects, Harvard Journal of Law & Policy, Volume 13, Number 3: [lien](#), qui démontre que les justifications « labor-desert, personality, utility, and "piggy backing" on rights to tangible property » sont illégitimes
- (11) R. MERGES, Justifying Intellectual Property, Harvard University Press, 2011 : [lien](#)
- (12) D. FRIEDMAN, « Standards As Intellectual Property: An Economic Approach », University of Dayton Law Review 19, no. 3, 1994 : [lien](#)
- (13) Voir notamment Stephan Kinsella, Against Intellectual Property, Journal of Libertarian Studies 15, no. 2 (Spring 2001) : [lien](#)
- (14) Voir M. FRIEDMAN dans Capitalisme et Liberté : [lien](#)
- (15) M. ROTHBARD, Man, Economy, and State, 1962 : [lien](#)
- (16) Voir par exemple un article de P. MOSER, Professeur d'économie à l'Université de Stanford, « Innovation Without Patents—Evidence from World Fairs », 16 juillet 2010 : [lien](#)
- (17) Pour une étude empirique, voir J. BESSEN et M. MEURER, Patent Failure: How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk, Princeton University Press, 2008 ainsi que le résumé de leur ouvrage, J. BESSEN et M. MEURER, Of Patent and Property, Regulation, Winter 2008-2009 : [lien](#). Ils y démontrent que les coûts liés aux procès pour violation de brevets sont supérieurs à ce que les brevets rapportent aux entreprises.
- (18) C'est notamment ce que font les patent trolls, voir T. SCHREPEL, « Patent troll through the US and EU antitrust law: When co-operation is no longer an option », European Competition Law Review, Mai 2013. Notons toutefois que des entreprises qui ne sont pas des patent trolls s'adonnent également à l'introduction de telles actions abusives.
- (19) IFI CLAIMS, 2013 Top 50 US Patent Assignees : [lien](#)
- (20) J. BESSEN and M. MEURER, The Private Costs of Patent Litigation, Boston University School of Law Working Paper No. 07-08 (<http://goo.gl/NmCQgb>). Voir aussi The Patent Litigation Explosion ([lien](#)), par les mêmes auteurs.
- (21) RAND, "Patents and Copyrights," p. 131 et MISES, L'Action Humaine, p. 661
- (22) Ce que Robert Nozick note dans Anarchy, State, And Utopia (1974), rejetant la "Lockean Proviso": "An inventor's patent does not deprive others of an object which would not exist if not for the inventor. »
- (23) U.S. Patent Statistics Chart Calendar Years 1963 – 2013 : [lien](#)
- (24) M. LEMLEY The Myth of the Sole Inventor, Stanford Public Law Working Paper No. 1856610 : [lien](#)



- (25) Un patent troll se définit comme étant une entreprise qui n'a aucune activité de production (de biens ou services) et qui se spécialise uniquement dans l'acquisition de brevets
- (26) T. SCHREPEL, France Brevets : un véritable patent troll public, néfaste et... illégal ?, Generation Libre : « Entre 1990 et 2010, les entreprises attaquées par des patent trolls avaient dépensé un total de 500 milliards de dollars de frais de justice sur le seul continent américain. Peu avant les années 2010, ces mêmes entreprises dépensaient 83 milliards de dollars par an » : [lien](#)
- (27) White House, White House Task Force on High-Tech Patent Issues, 4 Juin 2013 : [lien](#)
- (28) M. BOLDRIN et D. LEVINE, The Case Against Patents, Research Division Federal Reserve Bank of St. Louis Working Paper Series 2012 : [lien](#)
- (29) Voir notamment M. BOLDRIN et D. LEVINE, Against Intellectual Monopoly : [lien](#)
- (30) J. STIGLITZ, voir son discours donné à Duke University en 2007 sur le thème The Economic Foundations of Intellectual Property <http://goo.gl/4di9BX>, son article intitulé Economic Foundations Of Intellectual Property Rights (<http://goo.gl/iqozTr>), ou encore sa tribune dans le NYTimes où il explique que plusieurs systèmes pourraient et devraient remplacer l'existence des brevets, incluant « Government-financed research, foundations, and the prize system » : [lien](#)
- (31) S. KINSELLA, Stiglitz, The Economic Foundations of Intellectual Property, The Center for the Study of Innovative Freedom, 2010 : [lien](#)
- (32) L. GORMSEN, The Parallels between the Harvard Structural School and Article 82 EC and the Divergences between the Chicago- and Post-Chicago Schools and Article 82 EC, European Competition Journal, Juin 2008 : [lien](#)