



Le Concurrentialiste

Journal of Economic Law



Les fonds souverains de brevets : course à l'armement

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

Cet article est un résumé de celui paru au Journal of World Economics, « Towards a Global Patent Arms Race » ([lien](#))

La version originale est disponible via GenerationLibre ([lien](#))

Les patent trolls⁽¹⁾ sont souvent présentés comme l'ultime fléau de la propriété intellectuelle. Oui mais voilà, depuis quelques mois, une tendance plus dévastatrice encore prend désormais vie au sein de nos gouvernements : la création de patent trolls publics. Ces entités, que nous qualifierons de fonds souverains de brevets, recréent tous les risques liés aux patent trolls privés en y ajoutant celui d'une course à l'armement entre États. C'est désormais à celui qui achètera le plus de brevets et qui se montrera le plus offensif !

Les fonds souverains de brevets sont pour l'heure majoritairement développés en Europe et en Asie. Le gouvernement chinois a créé le sien en 2014 et il le présente comme un outil prééminent de sa stratégie géopolitique. Taïwan, le Japon et la Corée sont également entrés dans le jeu. Dans le même temps, le gouvernement français est particulièrement actif, que ce soit au niveau national ou européen. Ce dernier a d'ores et déjà créé deux fonds souverains de brevets et il milite pour la création d'un fonds européen.

L'objectif affiché de l'ensemble de ces fonds souverains est de lutter contre d'autres fonds étrangers ainsi que d'initier des actions en justice dans le but de « défendre » les sociétés nationales. En réalité, ces fonds souverains sont nocifs pour l'innovation et le consommateur. Il est urgent d'engager une lutte multidimensionnelle contre ce nouveau monstre de la propriété intellectuelle.

I. Les initiatives françaises

A – La création de deux fonds souverains français

1 – En 2010 : France Brevets

Tel que nous l'avons déjà décrit dans une précédente note⁽²⁾, France Brevets a été créé avec l'objectif principal d'apporter une aide aux entreprises françaises. Financé à 50 millions d'euros par le gouvernement français et à 50 autres millions d'euros par la Caisse des dépôts et consignations, son objectif affiché est d'intervenir « de façon sélective en prenant en compte l'intérêt stratégique des brevets et les attentes des acteurs français de l'innovation »⁽³⁾.

L'ancienne version du site Internet de France Brevets, celle datant de l'époque de notre étude sur le sujet, indiquait sa volonté d'introduire des actions en justice à l'encontre de toute personne qui violerait les droits liés à ses brevets⁽⁴⁾. Le site Internet indique désormais que France Brevets pourra « élaborer des stratégies d'acquisitions défensives de brevets pour renforcer un portefeuille et atténuer des menaces potentielles ». Le vocable s'est adouci, mais nul doute que la réalité du terrain demeure identique. France Brevets a d'ores et déjà engagé des actions contre plusieurs entreprises privées qui sont pour l'heure toutes des entités étrangères⁽⁵⁾.

France Brevets indique par ailleurs sur son site Internet que la société « jugera son propre succès »⁽⁶⁾ : pratique ! Il est donc bien établi qu'elle sera seul maître de ses objectifs.

Or, dans un rapport intitulé « Examens de l'OCDE des politiques d'innovation », l'OCDE établit, comme nous l'avions fait, une comparaison entre les pratiques de France Brevets et celles des patent trolls. On peut ainsi y lire que France Brevets devra « se concentrer sur une valorisation constructive – en assurant un transfert effectif des savoirs – plutôt que sur le « *licensing ex post* », qui s'apparente par bien des côtés aux pratiques de « *trolling* » qui ne sont pas appropriées à un organisme à caractère public (le « *trolling* » est une tactique consistant à



utiliser des brevets généralement peu robustes afin d'obtenir de redevances de la part de licenciés qui sont en situation juridiquement vulnérable, souvent des PME) ».

L'OCDE ajoute également que « d'une part, un objectif de rendement financier dans la valorisation des brevets, identique à celui que suivent les opérateurs privés, ne paraît pas relever d'une action publique – d'autant que le risque est alors que France Brevets soit assimilé aux pratiques de « trolling » qui polluent le système de brevets américain et dans lequel des entités spécialisées engagent des actions judiciaires souvent abusives pour extorquer des paiements de la part d'entreprises productives. Cela n'est ni dans les missions de France Brevets, ni dans ses compétences. D'autre part, les ambitions de France Brevet doivent rester à la mesure de sa taille relativement modeste – qui correspondait à son statut d'expérience en vue de la création d'un véritable marché des brevets – alors que l'organisme ne serait pas à la hauteur des engagements qu'il faut prendre pour jouer un rôle effectif dans le domaine de la valorisation financière des brevets »⁽⁷⁾.

Il est ainsi admis, par une institution aussi respectée que l'OCDE, que France Brevets présente un risque majeur pour l'innovation française.

2 – En 2014 : le Fonds souverain de la propriété intellectuelle

À la surprise générale, le gouvernement français a annoncé en décembre 2014 la création d'un nouveau fonds souverain de brevets, le « Fonds souverain de la propriété intellectuelle » (ci-après « FSPI »)⁽⁸⁾.

À ce jour, le fonctionnement de FSPI demeure très peu clair. La Convention signée entre l'État et la Caisse des dépôts et consignations le 23 décembre 2014 et qui a donné naissance au FSPI indique que France Brevets pourrait en être « gestionnaire ». La confusion est encore plus grande lorsqu'on y lit que « les compétences clefs requises pour permettre d'atteindre cette nouvelle ambition sont cependant proches de celles mobilisées au sein de France Brevets. Il convient en conséquence de concevoir ce nouvel outil comme devant travailler en synergie avec France Brevets, dans le double objectif de lever les barrières d'accès à la propriété industrielle pouvant

entraver l'accès au marché des innovations des entreprises françaises et européennes dans la compétition mondiale, et d'améliorer la diffusion des innovations à travers la valorisation de la propriété intellectuelle issue des entreprises et de la recherche publique française et européenne ». Si son organisation est floue, il est à l'inverse absolument certain que FSPI ne permettra pas de lever les barrières d'accès à la propriété industrielle, très précisément parce que la détention stratégique de la propriété industrielle constitue en elle-même une barrière.

Les objectifs de FSPI ne sont pas plus limpides que son fonctionnement. Ainsi peut-on lire que « les principaux objectifs de l'action reposent sur deux points :

- une action principale consistant en l'acquisition de brevets susceptible de favoriser l'innovation et le développement, y compris à l'export, des entreprises françaises et européennes, et les transferts de technologies des laboratoires publics vers ces entreprises. FSPI acquiert ces brevets dans l'objectif de permettre à ces entreprises d'accéder à une licence à prix de marché dans les meilleures conditions possibles. L'accord commercial conclu avec ces entreprises peut comporter une prestation de diagnostic et de conseil à l'entreprise, en bonne articulation avec les autres dispositifs de soutien et de protection de la propriété intellectuelle ;
- l'inclusion dans les normes internationales de brevets issus de la recherche française. Une fois inclus dans une norme internationale, un brevet voit sa valeur significativement rehaussée et les perspectives commerciales de l'invention améliorées. L'action de FSPI peut consister dans l'organisation d'actions de promotion pour inclure les brevets d'origine française ou européenne dans les normes ainsi que l'organisation et le pilotage, à titre onéreux, de l'octroi de licences relatives aux brevets concernés, en particulier dans le cadre du regroupement de détenteurs de brevets ayant intérêt à agir de concert. »

De plus, FSPI annonce qu'il pourra accorder des licences aux entreprises nationales et européennes. Cela aurait pour conséquence de créer des barrières à l'entrée des marchés à une échelle plus large encore, i.e. européenne, repoussant ainsi les sociétés étrangères qui souhaitaient accéder au marché européen. La stratégie d'accumulation de la propriété

intellectuelle semble être bel et bien enclenchée⁽⁹⁾.

B – La proposition de création d’un fonds européen

Le gouvernement français, en réponse à une consultation européenne lancée en 2010 sur le thème de la Compétitivité et de l’Innovation, a proposé la création d’un fonds de brevets européen. Cette proposition faisait état de la nécessité de créer un fonds doté d’un budget initial d’un milliard d’euros afin qu’il puisse rapidement acquérir un minimum de 10 000 brevets dans le but de « dissuader » les fonds souverains étrangers, qu’ils soient « publics ou privés »⁽¹⁰⁾. Conscient du caractère néfaste pour l’innovation que représenterait la création d’un tel fonds, le gouvernement français avait lui-même relevé le risque de création d’un « marché spéculatif », sans pour autant apporter de solutions à ce problème.

En 2012, un groupe d’experts européen a répondu à cette proposition en soulignant qu’elle pourrait conduire à ce que de nombreux brevets sans valeur soient agrégés à des coûts très élevés⁽¹¹⁾. Le groupe d’experts a ainsi considéré que « la Commission européenne ne devrait pas soutenir la création d’un fonds européen »⁽¹²⁾. Il convient ici de rappeler que l’avis de ce groupe n’engage pas la Commission européenne. Espérons à ce titre que les dirigeants de cette dernière ne se décident pas à créer un tel fonds qui aurait pour conséquence de créer une véritable course à l’armement en brevets au plan international.

II. Pourquoi et comment lutter contre les fonds souverains : quelques pistes de réflexion

A – Pourquoi : des effets très nocifs sur la concurrence et l’innovation

Non contents d’émuler tous les dégâts engendrés par les trolls privés, les fonds souverains créent un écosystème qui nuit plus particulièrement encore à la concurrence et à l’innovation, ce pour trois raisons majeures :

- Comme nous l’avons préalablement expliqué, les fonds souverains créent d’énormes barrières à l’entrée sur le marché. En effet, leur objectif de protection des « intérêts nationaux » à travers l’introduction d’actions en justice contre les seules entreprises étrangères a pour conséquence (i) de décourager ces dernières de pénétrer les marchés

ainsi que (ii) d’augmenter leurs coûts de production du fait de la nécessité de provisionner le risque engendré par les diverses actions en justice.

- Les fonds souverains de brevets ont d’ores et déjà commencé à mettre en œuvre les stratégies anti-concurrentielles communément utilisées par les patent trolls privés⁽¹³⁾. Il s’agit, globalement, de menacer d’introduire des actions en justice, que les trolls savent être sans fondement, dans le but d’obtenir un accord amiable qui se trouve être, pour l’entreprise attaquée, toujours moins coûteux qu’une défense devant le juge. Ils génèrent ainsi le même effet néfaste sur l’innovation que tant d’études dénoncent⁽¹⁴⁾.
- Enfin, les fonds souverains de brevets créent une véritable course à l’armement. Il n’y a qu’à constater quelle est la teneur des propos des gouvernements qui se sont d’ores et déjà lancés dans la création de tels fonds⁽¹⁵⁾. La quasi-totalité de ces derniers affiche l’objectif de lutter contre les fonds souverains d’États étrangers. De plus, ces fonds semblent également être disposés à introduire des actions en justice sans qu’ils aient reçu de menaces préalables, une politique offensive qui est bien loin de la seule défense à l’encontre des fonds étrangers.

B – Comment : une lutte à quatre niveaux

« Pour faire taire autrui, commence par te taire »⁽¹⁶⁾. Il serait logique que les gouvernements qui ont d’ores et déjà créé leurs fonds souverains renoncent à les maintenir, afin d’éviter une véritable guerre des tranchées où aucun État ne voudrait baisser les armes. Sceptiques quant à la possibilité d’un tel élan de bon sens, nous proposons quatre niveaux sur lesquels une lutte contre les fonds souverains peut et doit être engagée.

1 – Une lutte à travers les accords internationaux en cours de négociation

Les accords internationaux constituent d’excellentes lignes directrices sur la façon dont les États doivent interagir. Les négociations en cours de deux accords nous semblent être particulièrement opportunes à l’intégration de dispositions qui permettraient de lutter contre les fonds souverains :



- La première d'entre elles est celle sur le Trans-Pacific Partnership Agreement (« TPPA », aussi dit « Accord de partenariat transpacifique »). Cet accord entend notamment lutter contre les aides étatiques qui faussent le jeu de la concurrence. À notre connaissance, une seule des entreprises présentes dans le processus de négociation a, pour l'heure, créé un fonds souverain. L'accord pourrait être l'occasion de ratifier une situation de facto en s'assurant qu'aucun autre des États impliqués ne se décide à créer le sien.
- La deuxième négociation est celle actuellement en cours sur le Transatlantic Trade et Investment Partnership Agreement (« TTIP »). Cet accord largement médiatisé consiste en un pacte de libre échange entre les États-Unis et l'Europe. Il précise, dans sa version de janvier 2015, que « les droits de propriété intellectuelle servent à récompenser les individus et les entreprises qui innovent en mettant leur créativité à l'épreuve »⁽¹⁷⁾, ce qui tend à condamner les pratiques des divers trolls qui ne produisent aucun bien ou service. L'intégration d'une clause anti-fonds souverains nous semble ainsi être la bienvenue.

2 – Une lutte à travers les accords de l'OMC

La création et les activités des fonds souverains constituent une violation à l'endroit de divers accords annexés à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (« OMC »).

- L'article 7 du Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights Agreement (« TRIPS ») prévoit que les droits de propriété intellectuelle servent à promouvoir l'innovation technologique. Les fonds souverains, en introduisant de nombreux procès (sans fondement), contre les entreprises actives sur divers marchés, dans le seul but d'obtenir un accord amiable, empêchent ces dernières d'investir dans la R&D. Ils contreviennent ainsi à l'accord susvisé.
- Également, l'article 3 du General Agreement on Tariffs and Trade (« GATT ») prévoit que les États ne sauraient traiter d'une façon moins favorable les produits provenant d'un État étranger. En introduisant des actions uniquement contre les entreprises étrangères, les fonds souverains opèrent une discrimination sur les seuls produits étrangers,

ce qui est contraire à la lettre du texte visé.

- Enfin, les articles 4 et 5 de l'Agreement on Subsidies and Countervailing Measures Agreement (« SCM ») prévoient que lorsqu'une entreprise est maintenue par un État en violation du droit international et que cette dernière cause des effets néfastes sur l'économie d'un autre État, l'accord est réputé être violé. Les fonds souverains, en contradiction avec les accords précités, sont directement visés par ce dernier qui vise à les prohiber.

3 – Une lutte à travers le droit européen en matière d'aides d'État

En accord avec ce que nous exposons dans notre étude sur France Brevets, les activités des fonds souverains de brevets constituent très probablement une violation du droit européen des aides d'État. L'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit que « sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». En facilitant l'introduction d'actions en justice et en aidant les seules entreprises nationales à accéder à des grappes de brevets (dites aussi « *patent pools* »), une aide d'État semble être caractérisée au sens du droit européen. Notons que de telles aides sont maintenues tant que la Commission européenne n'a pas été saisie du dossier et n'a pas pu juger le caractère illicite de ces dernières.

4 – Une lutte à travers une réforme de la propriété intellectuelle

La lutte contre les fonds souverains peut et doit également passer par une réforme de nos systèmes de protection de la propriété intellectuelle.

- Premièrement, la façon dont les brevets sont délivrés doit être revue. Des critères économiques et de droit de la concurrence doivent être intégrés dans les processus d'octroi des offices en charge. En l'absence d'une telle analyse, des brevets sont massivement délivrés sur le fondement de critères qui ne reflètent absolument pas les intérêts stratégiques que les entreprises font de ces droits.

- Deuxièmement, la durée de protection des brevets doit être variable. Il semble impensable que l'ensemble des brevets délivrés bénéficie d'une même protection de vingt années, indépendamment du marché sur lequel ils sont accordés.
- Troisièmement, la validité d'un brevet devrait être subordonnée à l'utilisation de ses caractéristiques techniques. Cela permettrait de limiter les pratiques des patent trolls, privés et publics, qui n'utilisent pas les brevets pour ce qu'ils sont, « une solution technique à un problème technique ».

Notons enfin que l'introduction très prochaine d'un brevet européen aura pour conséquence d'augmenter les risques liés aux fonds souverains. En effet, la création concomitante d'une Juridiction unifiée en matière de brevets facilitera l'introduction d'actions en justice sur tout le territoire européen, ce qui encouragera nécessairement les fonds souverains à attaquer plus fréquemment les entreprises constituées sur le sol d'États européens.

III. Conclusion

Les effets néfastes que les fonds souverains créent sur l'innovation et la concurrence seront visibles sur le long terme. Pourtant, des mesures doivent être prises dans l'urgence, sans quoi la course à l'armement causera des effets irréversibles.

Les patent trolls publics sont plus dangereux encore que leurs homologues privés. Si les fonds souverains semblent produire des effets positifs sur le court terme, ils participent en réalité de la création d'un système juridique et économique où les entreprises seront constamment soumises aux feux de l'action en justice.

Il serait illusoire de croire que les premiers États à créer leurs fonds souverains sortiront gagnants de cette course à la destruction. De nouveaux brevets inondent⁽¹⁸⁾ le marché chaque jour. La France et l'Europe risquent d'être les premières victimes de cette spirale protectionniste.

Notes de bas de page

- [1] Des sociétés qui ne produisent aucun bien ou service et qui se contentent d'acheter d'énormes quantités de brevets dans le but d'initier des procès
- [2] Voir Thibault Schrepel, France Brevets : un véritable patent troll public, néfaste et... illégal ?, GenerationLibre, janvier 2014.
- [3] Caisse des dépôts, France Brevets: [link](#)
- [4] In 2014, France Brevets signed a licence deal with LG Electronics, voir Jack Ellis, France Brevets licence deal with LG Electronics a "milestone", says senior fund executive, IAM, September 2014 <http://www.iam-media.com/Blog>: [link](#)
- [5] Ibid.
- [6] Site de France Brevets, nos valeurs: [link](#)
- [7] OCDE, Examens de l'OCDE des politiques d'innovation, 2014: [link](#)
- [8] Convention du 23 décembre 2014 entre l'État et la Caisse des dépôts et consignations (CDC) relative au programme d'investissements d'avenir (action : « Fonds souverain de la propriété intellectuelle »): [link](#)
- [9] James Bessen, Jennifer Ford, Michael J. Meurer, The Private and Social Costs of Patent Trolls, Boston Univ. School of Law, Law and Economics Research Paper No. 11-45: [link](#)
- [10] « Proposition pour la mise en place d'un Fonds européen des brevets: [link](#)
- [11] Expert Group on IPR valorisation, Options for an EU instrument for patent valorization, Page 46: [link](#)
- [12] Expert Group on IPR valorisation, Options for an EU instrument for patent valorization, Page 54: [link](#)
- [13] Pour plus d'informations sur ces pratiques, nous vous invitons à vous reporter sur notre note publiée en janvier sur France Brevets: [link](#)
- [14] Voir par exemple Catherine Tucker, professeure au MIT, The Effect of Patent Litigation and Patent Assertion Entities on Entrepreneurial Activity, MIT Sloan School Working Paper 5095-14: [link](#)
- [15] Voir par exemple Yu-Tzu Chiu, Taiwanese to Form Patent Bank to Defend Local Companies, IEEE: [link](#)
- [16] Citation attribuée à Sénèque.
- [17] Intellectual property rights (IPR) and geographical indications (GIs) in TTIP, Janvier 2015: [link](#)
- [18] Office européen des brevets, Rapport annuel 2014: [link](#)