

Sur « Droit et économie de la propriété intellectuelle » *

Miki ISHIMORI

Ce livre a été conçu pour répondre au souci d'une approche interdisciplinaire et polyvalente des questions de propriété intellectuelle (PI). En effet, ces problématiques s'étendent dans plusieurs domaines, à partir desquelles les considérations de l'innovation, le risque des effets pervers, le souci d'autrui, les facilités essentielles émergent. Est alors requis un arbitrage des conflits d'intérêt, notamment entre les titulaires de la propriété intellectuelle et le public. Ceci est inévitable, puisque la PI instaure un mécanisme d'exclusion où l'innovation est appropriée par le créateur, même si elle reste accessible aux autres usagers à un certain prix.

Dans le chapitre « Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles ? », Jean Tirole met en relief le caractère contradictoire inhérent à la protection de propriété intellectuelle (PPI) : d'un côté, celle-ci assure une incitation financière en amont aux innovateurs, un mécanisme d'exclusion. Les innovateurs se voient conférer le droit d'exploiter leur création, en décidant s'ils ouvrent accès aux autres, en instituant une tarification à leur gré. La PPI repose sur une conception instrumentaliste, ayant pour l'objectif de créer en amont un environnement facilitant l'innovation. De l'autre, elle permet la diffusion de la nouvelle technologie ou de l'innovation par le biais d'un mécanisme de diffusion (en conférant une licence) au consommateur final, ou à d'autres innovateurs en aval. Le mouvement de la PPI se propage dans plusieurs domaines tels que l'ingénierie, l'informatique (les logiciels, les *media contents*), l'industrie pharmaceutique (médicaments) ou les œuvres musicales. La PPI prend plusieurs formes telles que les brevets, les droits d'auteur, les récompenses ou le secret de fabrication. La prolifération des brevets pose d'ailleurs des problèmes en pratique, car les offices de brevets rencontrent des difficultés avec les nouvelles technologies. Il n'est pas certain que ces technologies méritent d'être récompensées pour leur caractère novateur, en raison du caractère même de la science et de la technologie. Cette question sera explorée par Nelson.

* Sous la direction de Marie-Anne Frison-Roche et Alexandra Abello, Paris, L.G.D.J., 2005.

La similarité entre l'infrastructure essentielle et la PPI

L'auteur insiste sur l'idée que l'infrastructure essentielle et la PPI sont toutes les deux basées sur l'innovation et l'investissement et qu'elles impliquent l'intérêt économique à exclure en aval (par l'innovation ou par la production), ou en amont (en concluant un contrat de licence exclusive avec une autre entreprise). Sur le plan économique, la préférence pour l'exclusion chez les titulaires d'une telle infrastructure et de la PI s'explique de la même manière. En effet, la licence avec plusieurs entreprises entraîne nécessairement des concurrences entre elles. Il y aura une dissipation de profits en raison de la compétition, dans laquelle le coût de production ne pourra pas être amorti par le profit.

En ce qui concerne l'infrastructure, la difficulté est de distinguer ce qui est une infrastructure essentielle et ce qui est un monopole. Dans le premier cas, où l'exclusion est licite, l'infrastructure est insusceptible de faire l'objet d'une sanction. Par ailleurs, il existe des cas de monopole légal où la puissance publique confère le droit exclusif d'exploiter. Il s'agit là de situations dans lesquelles les profits supérieurs aux rendements naturels sur le capital n'ont pas besoin d'être admis. En revanche, dans le cas d'un monopole naturel, un partage de l'accès doit être retenu. Finalement, une situation de monopole peut être constituée par des externalités de réseau.

Selon J. Tirole, le monopole est licite si l'innovation et des investissements le créent. Cela doit être toléré pour inciter les investissements et pour récompenser les rentes qui sont dues précisément à l'innovation et aux investissements. La distinction est nécessaire avec les cas de monopole précités, et cet argument permet aussi de justifier la PPI et la situation monopolistique créée par elle.

*La recherche de l'accès public à l'infrastructure essentielle et à la PI
par le droit de la concurrence : la logique du partage*

L'auteur rapproche l'infrastructure essentielle de la PPI, pour trouver un équilibre entre l'exclusion légitime en tant que récompense et l'intérêt social que représente l'accès à une telle infrastructure ou à l'innovation.

Selon la Cour de justice des Communautés européennes, dans sa décision du 29 avril 2004, l'infrastructure essentielle est définie comme un input indispensable à tel point que l'accès des autres concurrents doit être permis. En pratique, c'est une entreprise dominante sur le marché qui détient cette infrastructure : elle peut décider de refuser ou limiter l'accès. Son contrôle sur l'infrastructure diminue la concurrence potentielle qui aurait pu exister en aval (par exemple, dans les télécommunications, la concurrence sur la longue distance ou l'internet dépend de la possibilité d'accès à la boucle locale).

C'est là où l'autorité de la concurrence intervient pour garantir un accès public. Les autorités de la concurrence identifient les infrastructures essentielles, pour ensuite demander aux propriétaires de ces infrastructures de procurer l'accès à un certain prix et à une certaine qualité. Elles condamnent les comportements tels que le refus de vente (pour des raisons d'incompatibilité technologique) ou le prix d'accès trop élevé.

Les solutions consistent en des remèdes structurels (la propriété commune et la séparation structurelle), par imposition d'un prix d'accès ou par régulation de la qualité. C'est donc un mécanisme qui exige des propriétaires des infrastructures de les partager avec les autres, en contrepartie d'un certain prix, car ils en supportent les coûts. En revanche, en comparaison, on constate que le partage d'un brevet n'implique pas de coût, la PPI offrant au propriétaire du brevet une rente en contrepartie de son partage. Ce raisonnement tiré de la comparaison entre l'infrastructure essentielle et la PI, pourrait finalement remettre en cause la PPI.

Enfin, pour décider si une infrastructure est essentielle, ou si une création mérite une PPI, il faut montrer que l'innovation est difficilement duplicable. Si l'investissement est substantiel, on doit conférer une rente. Si l'infrastructure ou l'innovation doit être partagée, on décidera de son prix d'accès (dans le cas de monopole, le propriétaire bénéficie d'un prix fixe considérable).

Dans « L'interférence entre les propriétés intellectuelles et les droits des marchés, perspective de régulation », Mme Frison-Roche évoque la nécessité impérative de l'approche interdisciplinaire, et la réalité des interférences des domaines, notamment dans le droit de régulation et l'économie, pour encadrer la PPI.

Tout d'abord, la règle juridique doit être revisitée, en premier lieu, pour s'adapter à l'interdépendance des économies nationales. En second lieu, la propriété intellectuelle ajoute un autre type de richesse à un objet, permettant ainsi « l'accroissement qualitatif » du produit. Il s'agit d'un changement du caractère des biens en circulation sur le marché. Le droit s'approche ainsi de la théorie économique de l'appréhension des biens. En effet, Posner et Landes proposent, du point de vue de la théorie économique, de caractériser en droit l'économie comme l'échange des valeurs, au contraire d'un Xifaras qui propose une autre approche consistant à continuer à distinguer le bien corporel et incorporel, car la protection du bien immatériel nécessite une règle différente. En troisième lieu, le droit de la propriété intellectuelle incorpore la logique économique : une conception repose sur l'idée que la propriété intellectuelle est une récompense de l'innovation, tandis qu'une autre, plus moderne, insiste sur l'effet incitateur de la propriété intellectuelle (en tant qu'un moyen efficace de production).

En quatrième lieu, dans le droit de la régulation, la propriété intellectuelle, conduisant au monopole, est conçue comme une dérogation à la règle de libre concurrence. Dans la pratique, il incombe aux juges de décider s'il faut appliquer des règles de principe ou non. En conclusion, l'auteur évoque que le droit de régulation devrait concevoir son objet selon le secteur (pharmaceutique, informatique, etc.) et la finalité de son utilisation. Il faudrait abandonner l'indifférence de la substance matérielle des choses échangées, et tenir compte des valeurs du produit échangé sur le marché pour ensuite décider s'il sera nécessaire de le partager. Il s'agira d'une politique publique, parce qu'on devra décider sur la nécessité d'un tel partage, c'est-à-dire distinguer ce qui concerne l'intérêt public et privé. Le critère proposé étant les biens vitaux et non vitaux, la protection de la propriété intellectuelle portant sur les premiers sera susceptible d'être limitée.

En effet, la question de la légitimité de la PPI demande de savoir si une innovation peut être appropriée, même si elle sert grandement à améliorer l'état des techniques dans l'avenir. Richard Nelson signale l'effet pervers que pourrait apporter une privatisation du savoir et de la technologie dans « The Market Economy and the Scientific Commons ». Il explore quel serait le point d'équilibre entre l'exclusion qu'offre la PPI et l'accessibilité du bien collectif constitué par l'innovation.

Le capitalisme et l'économie de marché ont induit un progrès considérable de la science et de la technologie. En revanche, celles-ci ont longtemps bénéficié d'une subvention étatique, si bien que le résultat de cette innovation a profité à un grand nombre d'innovateurs potentiels, en raison de son caractère ouvert.

Cette tendance se fondait sur la théorie philosophique que la recherche doit être purement motivée par la curiosité intellectuelle, en vue d'atteindre la vérité. Par ailleurs, l'utilité d'une recherche scientifique est difficile à mesurer à court terme, ce qui justifie la subvention étatique. Le dernier composant de cette théorie est que la connaissance doit rester ouverte afin de recevoir des rectifications par la communauté scientifique, ce qui la rend plus fiable.

La logique de l'intervention étatique dans la recherche scientifique

L'intervention étatique a pris son essor depuis la période d'après-guerre : la recherche et le développement soutenus par l'État dans l'industrie militaire et la médecine ont connu un succès considérable, notamment aux États-Unis. Le débat ensuite portait sur le choix des secteurs auxquels l'État devrait porter assistance. C'était le concept de l'externalité et du bien collectif qui en sont devenus les critères. Le premier sert à justifier la réglementation par une fiscalité avantageuse pour certaines activités industrielles pour les inciter à investir, alors que le second met en valeur l'usage collectif de la connaissance. La connaissance scientifique ne pouvant exclure aucun usager et son résultat étant incertain à court terme, elle doit être soutenue par l'intervention étatique.

L'introduction du capital privé dans le domaine de la recherche scientifique

La loi Bayh-Dole de 1980 marque un changement radical, en accordant le droit aux universités de breveter le résultat d'une recherche, sous condition qu'ils puissent conférer une licence exclusive aux entreprises. Elle a pour objectif d'introduire le capital des entreprises dans les recherches de base dont le résultat est incertain. Ce n'est, en effet qu'un commencement du phénomène qui amène les universités à exclure le public de leur résultat de recherche. Cependant, les universités ont contribué à fournir leur expertise au profit du public même après la mise en vigueur de la loi Bayh-Dole. Tel fut le cas avec les gains de productivité dans la culture du blé, réalisés grâce au transfert de la technologie des universités. Il en était de même dans l'ingénierie et dans la médecine où l'on constatait nettement moins de brevets jusque dans les années quatre-vingt.

En effet pendant les années quatre-vingt, on a connu un changement de perspective, qui justifie le brevet en tant que moyen efficace de stimuler la compétition, bien que son fondement ait été contestable (les études empiriques ne le prouvaient pas). De plus, c'est le progrès de la biologie moléculaire qui accélère cette tendance, puisque son application à la pharmaceutique apporterait un gain significatif. Finalement, la licence était une source de revenu incontournable pour les universités.

Les obstacles à la brevetabilité de la connaissance scientifique

À première vue, le caractère précurseur d'une recherche semble facile à déterminer, mais le processus des brevets pourrait laisser une marge d'appréciation parfois contestable. Certains proposent de breveter une recherche s'il s'agit d'une transformation substantielle mais la distinction entre la substance naturelle et sa transformation réalisée par les chercheurs reste floue. De plus, le critère de la « brevetabilité » est difficile à déterminer, puisque l'utilité d'une recherche scientifique ne se révélera que par les recherches futures. Troisièmement, la difficulté s'impose concernant la définition de l'utilité. L'auteur insiste que devrait rester ouverte toute connaissance scientifique servant à l'utilité publique. Enfin, il faudrait éviter de breveter plus que ce que l'on a vraiment découvert, ce qui permet au propriétaire du brevet d'être en position dominante. L'auteur avertit que cela pourrait d'ailleurs diminuer la compétition dans l'avenir.

La situation inquiétante produite par les brevets des universités

D'autre part, les universités brevettent de plus en plus leur résultat et confèrent leurs licences aux entreprises privées. L'auteur propose alors des solutions concrètes : il faut exclure certaines recherches scientifiques de la brevetabilité. Mais la difficulté est de distinguer la science de base et la science appliquée, qui pourrait être exclue sous PPI. Ensuite s'appuyant sur la thèse de Dreyfus, l'auteur en propose une autre, consistant dans la mise en œuvre d'un mécanisme de partage : les universités se privent d'assigner en justice une autre université ou une organisation à but non lucratif, pour avoir eu accès à la PI protégée, si le matériel n'est pas disponible à des conditions raisonnables et si l'université ou l'organisation promettent de ne pas breveter leur résultat en contrepartie. Mais cela ne pourra pas changer le comportement des universités qui restent avides de leur brevet et le droit de licence.

En l'espèce, l'auteur remet en cause le caractère trop exclusif de licence, et le prix trop élevé pour l'accès à l'information. Il est en faveur de l'établissement d'un principe de connaissance technologique et scientifique accessible à tous, notamment en modifiant la loi Bayh-Dole, contrairement à l'exclusion qu'offre la propriété intellectuelle en général.

Si Nelson était concerné par l'intérêt public dans le partage de la connaissance scientifique et la poursuite des rentes dans les universités, Torre-Schaub se soucie d'une situation de monopole qu'offre la PPI (le *copyright* américain), au détriment de la demande du

marché pour les nouveaux moyens de distribution. Dans « La place de l'analyse économique dans le droit américain de *copyright*. L'affaire Napster, entre l'usage légitime, droit à exclure et pouvoir de marché », elle traite le cas de la distribution des œuvres musicales dans l'affaire Napster. La PPI est un mécanisme permettant une situation de monopole, en tant qu'une exception au principe de la libre concurrence qui régit les marchés de nos jours.

*Le mécanisme de copyright avec le principe de protection des titulaires
et l'exception de l'ouverture aux autres usagers*

Aux États-Unis la loi du *copyright* vise à protéger la propriété intellectuelle du créateur tout en l'obligeant à mettre son œuvre en commun, en réglant le problème des coûts fixes que nécessite la mise en place des biens communs. Le titulaire est conféré de fixer un prix d'accès aux autres usagers permettant de couvrir ces coûts. Le droit n'étant pas absolu, le titulaire doit ouvrir accès à « l'usage légitime ou loyal ». De plus, il connaît des limites temporelles puisque l'œuvre ne peut pas être objet d'une exclusion éternelle. Dans la pratique, ce mécanisme rencontre des difficultés matérielles : il est difficile d'empêcher les consommateurs de consommer un bien non rival et non exclusif tel que l'information ou l'œuvre musicale, dès lors que l'accès sur l'internet est assuré.

La question posée par l'affaire Napster était de savoir si l'échange des fichiers est admissible sous le *copyright*. Napster a mis à disposition des œuvres musicales sous forme de fichiers MP3, dont la plupart étaient protégées par le *copyright*, sans frais, aux usagers de l'internet. Il n'a d'ailleurs pas obtenu de licence de distribution exclusive auprès des distributeurs sur ces musiques. Selon la logique de la PPI, Napster ne peut pas continuer à nuire aux distributeurs en leur causant un dommage, c'est-à-dire la perte de gain que la vente de ces musiques sur leur propre réseau aurait pu générer. En revanche, l'autre question se pose de savoir si le marché de libre distribution mérite d'être protégé, car ce sont les consommateurs qui le soutiennent en pratique. Faut-il y voir un intérêt légitime ?

La violation du copyright par Napster

En l'espèce, Napster s'est vu reprocher la responsabilité et la collaboration dans la violation de *copyright*. Le juge a examiné tout d'abord si l'œuvre musicale faisait l'objet d'une exclusion. Si sa nature était celle des biens communs, la violation n'aurait pas lieu. Et si le droit d'exclusion était conféré, alors le juge devait décider le dommage causé aux titulaires de *copyright* par cette violation.

Le dommage de cette violation consistait en réduction des ventes de disques et l'élévation de barrières d'entrée au marché de disques, puisque les titulaires, les grandes firmes de la distribution musicale, pouvaient difficilement amortir le coût d'investissement. Il est difficile d'estimer à quel point le *copyright* offre la possibilité de couvrir les investissements par voie d'exclusion. Quant au droit américain de *copyright*, il semble exiger des titulaires de limiter leur monopole à bon usage, dans la limite de leur

nécessité. Le titulaire ne se verra pas s'étendre son monopole indéfiniment. De l'autre côté, il incombe aux usagers de s'abstenir d'un usage commercialement abusif.

La jurisprudence américaine met des réserves au droit de *copyright*, notamment dans le cas de l'apparition des nouvelles technologies. L'affaire Sony a édicté le principe qu'on pourrait restreindre le droit d'exclusion lorsque de nouveaux intérêts légitimes sont mis en place par la technologie. En revanche, dans l'affaire Napster, ce principe n'a pas été revisité, alors qu'il s'agissait d'une nouvelle technologie (l'internet). Les œuvres musicales échangées sur Napster n'ont pas été reconnues comme biens essentiels, faisant l'objet d'un usage non-commercial et libre.

Les arguments avancés

La PPI repose sur l'idée que le créateur se voit conférer l'usage exclusif de son œuvre, une récompense financière de sa propre innovation qui de nouveau stimule les créations. Par contre, il existe des biens inappropriables qui doivent faire l'objet d'un usage partagé. Le service procuré par Napster entre-t-il dans ce champ ? Contrairement à la jurisprudence qui sépare le bien non rival et non appropriable du reste, le juge dans l'affaire n'a pas procédé à examiner le caractère du service.

En effet, le juge a décidé que Napster a violé le *copyright* sur le fondement de l'usage commercial, donc déloyal, dès l'instant que celui-ci portait atteinte aux marchés des entreprises demandereses. Il était nécessaire de démontrer la présence d'un dommage présent ou futur que causait le service de Napster, mais une telle preuve s'avérait difficile. L'expertise a joué un rôle central pour déterminer la violation du *copyright*. Elle a mis d'abord en exergue la quantité des œuvres téléchargées : il s'agissait d'un téléchargement complet, et dans la plupart des cas, d'œuvres protégées qui appartenaient aux demandeurs, un signe de la déloyauté de l'usage. De plus, bien qu'il ne soit pas évident si les usagers téléchargeaient pour l'usage personnel ou non, l'obtention gratuite des œuvres protégées constituait le caractère déloyal. Finalement, cette obtention portait atteinte économiquement aux marchés des demandeurs qui ont été privés de *royalties* sur leur musique.

De son côté, Napster a allégué que l'abus de droit et de monopole l'a empêché d'obtenir les licences des œuvres musicales. En effet, les titulaires de *copyright* possèdent un pouvoir discrétionnaire, de décider s'ils refusent ou confèrent une licence à un usager. En réponse, la cour a défini l'abus de droit comme un acte dépassant les limites des droits imposés par l'Office du *copyright*. De plus, Napster insistait sur l'idée selon laquelle le droit d'exclusion ne pouvait pas s'étendre sur le nouveau marché de l'échange des fichiers MP3, et qu'il ne concernait que le marché de vente de disques. La cour ne s'est pas prononcée sur ce point, alors qu'on aurait pu constater dans cette affaire la demande croissante des consommateurs et l'aspect trop exclusif du *copyright* conféré aux grandes firmes de distribution musicale.

En somme, le juge a admis le caractère illégal et illégitime de Napster, en se fondant principalement sur le fait que l'échange des fichiers sur l'internet a causé un dommage

aux titulaires de copyright. Cependant, l'expertise, qui a incité le juge à statuer ainsi, différait d'une autre, inverse. En effet, le rapport Fader avait conclu que « les usages de Napster n'étaient pas illégaux, et qu'ils ont donné naissance à de nouveaux marchés de musique digitale ». Mais la décision de l'affaire Napster ne sembla que renforcer l'intérêt financier des titulaires de copyright, sans nécessairement prendre en compte l'inconvénient de monopole.

Cet ouvrage renferme bien d'autres articles, tous aussi bien documentés, qui confirment l'idée selon laquelle la réflexion sur la PI pose des problèmes fondamentaux à la théorie du droit et recourent un grand nombre de problématiques sociétales de notre époque.