

Rencontres Economiques d'Aix en Provence

Vendredi 6 Juillet 2007

*Droit de la concurrence et Droits de propriété intellectuelle :
Juriste cherche économiste.....désespérément !!*

Frédéric Jenny
Conseiller en Service Extraordinaire, Cour de Cassation
Président du Comité de la concurrence de l'OCDE
Professeur d'Economie à l'ESSEC

La conception des rapports entre droits de propriété intellectuelle, innovation et concurrence s'est modifiée à plusieurs reprises dans les dernières décennies.

Dans les années 70, les autorités de concurrence tendaient à avoir une vision critique du pouvoir de marché détenu par les entreprises disposant de droits de propriété intellectuelle (pour une référence à un certain nombre de cas européens pendant cette période, voir ci-dessous).

Durant les années 85-95, décennie durant laquelle les accords ADPIC (TRIPS) ont été négociés à l'OMC, les autorités de concurrence ont eu tendance à considérer que la propriété intellectuelle étant de nature à favoriser l'innovation, c'est-à-dire à accroître le stock de connaissances, il était nécessaire de lui accorder une protection renforcée et de limiter les conditions dans lesquelles une entreprise pouvait se voir reprocher au nom du droit de la concurrence les conditions dans lesquelles elle exerçait son droit de propriété intellectuelle.

Ainsi, dans le milieu des années 80 a prévalu la thèse selon laquelle le critère à utiliser pour évaluer des conditions restrictives dans les accords de licence consistait non pas à savoir si ces conditions étaient en elles-mêmes restrictives de concurrence mais à savoir si elles restreignaient la concurrence par rapport à ce qui se serait passé si aucune licence n'avait été accordée par le détenteur du droit de propriété intellectuelle. Cette position, défendue, par exemple, par Gallini et Trebilcock revenait, d'une part, à considérer que l'entreprise détenant un droit de propriété intellectuelle avait un droit absolu de refuser de licencier et, d'autre part, à limiter considérablement le contrôle des conditions contractuelles de licence du point de vue du droit de la concurrence. On peut considérer que la décision de la cour Suprême Verizon c Trinko aux Etats-Unis (2004) s'inscrit dans cette lignée.

Dès la fin des années 90, cependant, les économistes sont revenus à une vue plus équilibrée des rapports entre concurrence et innovation pour plusieurs raisons.

En premier lieu, il est apparu que les organismes de la propriété intellectuelle (qui confèrent les droits de propriété), pour partie sous-équipés pour leur tâche, ont consentis un nombre croissant de droits de propriété intellectuelle douteux au plan de l'innovation ou dont le champ était excessivement large et que les détenteurs de ces droits les ont utilisés surtout à des fins défensives.

Cette prolifération de « mauvais » droits de propriété intellectuelle a commencé à menacer non seulement la concurrence mais également l'innovation.

En deuxième lieu, la pensée économique sur la relation entre concurrence et innovation a évolué sous l'influence d'un nombre croissant de travaux empiriques entrepris, notamment mais pas exclusivement, par Scherer aux Etats Unis.

De ces travaux ont émergé plusieurs enseignements. Tout d'abord, le processus d'innovation est très différent dans les industries dans lesquelles l'innovation se développe de façon linéaire (comme les sciences de l'information ou la biotechnologie) et dans les industries dans lesquelles elle se développe par sauts technologiques (comme la sidérurgie, le verre etc.). Le champ des brevets et licences devrait être plus restreint dans le premier type d'industrie (pour permettre aux innovateurs secondaires de développer leurs recherches) que dans le second type d'industrie.

Par ailleurs, il est clairement apparu que les droits de propriété intellectuelle sont loin d'être la source première de l'innovation dans la plupart des industries. A vrai dire si dans les secteurs de la chimie, de la pharmacie prise dans un sens large, et des logiciels, l'obtention de droits de propriété intellectuelle semble être un puissant facteur d'innovation, dans la majorité des autres industries (comme les composants électroniques, l'automobile etc....), il semble que, pour les entreprises innovantes, le désir d'être les premières à mettre un produit sur le marché et donc de bénéficier d'une avance commerciale temporaire, soit plus important comme déterminant de l'innovation que l'obtention d'un droit de propriété intellectuelle.

En outre, les études économiques ont montré que si trop peu de concurrence (par exemple dans les cas de monopolisation ou d'entreprise dominante) était un facteur de faiblesse de l'innovation, trop de concurrence pouvait également être un facteur conduisant à un affaiblissement de la concurrence (par exemple dans le cas de la machine outil en France dans les années 50 à 80). La concurrence oligopolistique semble au total plus propice au développement du progrès que les autres formes de concurrence.

Enfin, un certain nombre de cas (par exemple l'affaire Xerox aux Etats Unis) ont mis en lumière les possibilités de jeux anticoncurrentiels pour les détenteurs de droit de propriété intellectuelle, notamment à l'occasion des concentrations d'entreprises.

L'ensemble de ces éléments a conduit la FTC américaine à être la première au début des années 2000 à alerter les autorités et le public sur le fait que le développement incontrôlé du droit de la propriété intellectuelle et le recul du droit de la concurrence devant cette forme de propriété pouvait avoir pour effet non seulement de fausser le jeu de la concurrence mais aussi de ralentir l'innovation. La FTC prônait alors une meilleure coordination entre les autorités de concurrence et les organismes qui confèrent les droits de propriété intellectuelle et une révision des critères d'attribution des brevets ainsi qu'une restriction du champ des brevets afin de mieux préserver le jeu de la concurrence (et l'innovation) sur les marchés.

La Commission Européenne, de son côté, qui s'est longtemps inscrite dans la tradition ordo-libérale du droit de la concurrence qui tendait à protéger les concurrents plutôt que la concurrence, qui soupçonnait facilement les entreprises ayant une position dominante d'abuser de celle-ci et qui, au surplus, était préoccupée d'unifier le marché européen et donc de favoriser les importations parallèles a jusqu'à tout récemment eu une politique interventionniste vis-à-vis des détenteurs de droits de propriété intellectuelle notamment à l'occasion des affaires Commercial Solvents (1974), United Brands (1978), Télémarketing (1974) Magill (1995) IMS Dental puis Microsoft.

Outre le domaine des pratiques anticoncurrentielles, le domaine du contrôle de la concentration est, du point de vue de l'intersection entre droit de la concurrence et droit de la propriété intellectuelle, fort important. Dans ce domaine non seulement se pose le problème de la relation entre concurrence sur le marché de produits et innovation mais également le problème de la relation entre concurrence entre équipes de recherche et innovation.

Il arrive fréquemment, particulièrement dans l'industrie pharmaceutique qui est le théâtre d'importants mouvements de restructuration, que deux entreprises engagées dans des recherches visant les mêmes fins se proposent de fusionner leurs équipes de recherche. Il est alors fort difficile pour les autorités de la concurrence de trancher entre deux scénarios possibles :

-1) la fusion de deux équipes de recherche partiellement complémentaires est de nature à augmenter la productivité de la recherche en évitant les double emplois et est ainsi favorable au progrès économique et technique ;

2) la fusion de deux équipes de recherche partiellement concurrentes est de nature à limiter la concurrence entre elles et d'affaiblir les chances de d'innovation.

Identifier celui des scénarios qu'il convient de privilégier est d'autant plus difficile à établir pour les autorités de concurrence que, d'une part, elles tendent à privilégier les effets de court terme (parce qu'ils sont plus prévisibles et contrôlables) alors que les effets positifs de la recherche sont souvent des effets de long terme et que, d'autre part, les économistes ne leur apportent que de faible lumière sur l'«économie de l'innovation».

Il est pourtant d'autant plus crucial d'avoir une meilleure compréhension et prise en compte des facteurs susceptible d'influer sur le rythme de l'innovation, notamment en matière d'opération de concentration, qu'eu égard à l'effet cumulatif de l'innovation, une restriction de concurrence statique qui favoriserait l'innovation, même faiblement, pourrait être largement bénéfique du point de vue de l'intérêt général. Défendre la concurrence statique peut donc se révéler coûteux pour la collectivité.

Les autorités de concurrence des pays membres de l'OCDE, consciente de l'importance de ces enjeux, ont organisé dans les années récentes plusieurs tables rondes sur ce sujet dans le cadre du Comité de la concurrence. Les compte rendus de ces tables rondes sur « Droit de propriété intellectuelle, innovation et concurrence » et sur « Efficiences dynamiques et concentration » sont disponibles sur le site de l'OCDE. Si ces débats ont montré la complexité des problèmes d'interface entre droit de la propriété intellectuelle et concurrence, ils révèlent également le déficit de connaissance des autorités de concurrence mais également des économistes.

Voici un domaine dans lequel il est urgent que la recherche se développe et que les économistes puissent informer le droit et les juristes.