



Le développement du marché des brevets et la problématique des *patent trolls*

*Les sociétés occidentales sont en pleine mutation et sont devenues, à la fin du siècle passé, de véritables économies de la connaissance. Le brevet vise à rendre excluible cette connaissance et à stimuler, par ce biais, l'innovation. Sur le marché des brevets qui se développe petit à petit, certains acteurs, qualifiés de *patent trolls*, tirent parti d'un environnement juridico-économique qui facilite leur action : l'acquisition et/ou la détention de brevets, non pas dans le but de les exploiter industriellement, mais de les monnayer par le biais – de menaces – d'actions en contrefaçon.*

Paul Belleflamme

Laurent Slits

Au début du mois d'octobre 2010, *Apple, Inc.* a été condamné par la justice américaine à payer 625,5 millions de dollars à la petite société *Mirror Worlds, LLC* pour avoir enfreint trois de ses brevets, relatifs à la manière dont les fichiers sont affichés sur les iPod, les iPhone et les Macintosh¹. Le géant informatique a d'ores et déjà contesté la décision. Ce récent litige ramène sur le devant de la scène les *patent trolls*, aussi appelés chasseurs de brevets, dont l'activité principale consiste à acquérir et/ou détenir des brevets qu'ils n'ont pas l'intention d'exploiter industriellement mais qu'ils cherchent à monnayer par le biais – de menaces – d'actions en contrefaçon. *Mirror Worlds* serait-il un troll ?

L'on ne peut s'empêcher de voir dans cette affaire de nombreux points communs avec le fameux cas *Blackberry*, largement médiatisé outre-Atlantique. Ce litige opposait *Research in Motion (RIM)*, l'entreprise canadienne qui a développé et commercialisé le célèbre *smartphone Blackberry*, à la *patent-holding company NTP*, une firme spécialisée dans l'acquisition de brevets. Cette dernière a finalement obtenu, à la suite d'un accord à l'amiable, la coquette somme de 612,5 millions de dollars. Cet accord clôtura cinq années de procédures judiciaires durant lesquelles *RIM* vécut avec une bien lourde épée de Damoclès au-dessus de la tête : le risque que les services offerts par le *Blackberry* soient purement et simplement suspendus aux Etats-Unis, pays où elle réalisait alors 70% de son chiffre d'affaires. Par la suite, il apparut que certains brevets allégués par *NTP* étaient invalides et n'auraient, partant, jamais dus être délivrés. S'élevèrent alors de nombreuses voix pour qualifier l'action menée par *NTP* de «hold-up» ou d'extorsion pure et simple. On pointa également du doigt les dérives du système des brevets. Toutefois, certains commentateurs firent aussi remarquer que de telles entités contribuent à soutenir l'innovation et à huiler les mécanismes de transferts de technologies dont les rouages sont trop souvent grippés.

¹ Voir *Apple Challenges Big Award Over Patents*, par M. Helft et J. Schwartz, *New York Times*, 4 octobre 2010.

Qu'en est-il exactement ? Qui sont ces *patent trolls* ? En quoi leur activité est-elle néfaste ou bénéfique ? C'est à ces quelques questions que nous tenterons de répondre dans ce numéro de *Regards Economiques*, en adoptant essentiellement une approche économique, mais en recourant également à une perspective juridique quand cela s'avère nécessaire.

Toile de fond

Depuis la seconde moitié du siècle dernier, une tendance lourde est à l'œuvre dans les économies occidentales: l'avènement d'une nouvelle ère que les économistes ont qualifiée d'*économie de la connaissance*. Celle-ci se caractérise essentiellement par la part croissante que prennent les actifs immatériels, constitués principalement d'idées, d'inventions, de savoirs et de connaissances, dans l'économie. Ainsi, au cours des trente-cinq dernières années, la part de ces actifs dans la valeur de marché des entreprises du S&P 500 est passée de 17% à 81%². Il est également estimé que les investissements immatériels dépassent désormais, ou sont en voie de dépasser, les investissements physiques dans la plupart des économies occidentales³. Enfin, les vols de données et d'informations électroniques sont aujourd'hui perçus par les grandes entreprises comme un problème de criminalité plus important que les vols de propriétés physiques⁴.

Dans de telles économies où l'innovation est devenue le moteur du changement et de la croissance, il est évident qu'assurer la production et la circulation de la connaissance est d'une importance capitale. Cependant, l'organisation de ces deux activités est particulièrement difficile à mettre en œuvre et les modes d'organisation qui existent aujourd'hui ne vont pas sans poser leurs propres problèmes. A la Section 1, nous expliquons pourquoi les caractéristiques intrinsèques de la connaissance rendent sa production et sa circulation difficiles et comment les droits de propriété intellectuelle, et en particulier le brevet, répondent à ces difficultés. Nous nous attachons ensuite à montrer comment le système des brevets peut, s'il fonctionne mal, entraver la production et la circulation des connaissances au lieu de les favoriser. Nous mettons l'accent sur la problématique particulière des *patent trolls* que nous analysons à la Section 2. Enfin, à la Section 3, nous développons la thèse que ces *patent trolls* représentent moins une menace qu'une opportunité pour le développement de véritables marchés des brevets favorisant le transfert de connaissances et, par là, la croissance économique.

1. Comment organiser la production et la circulation de connaissances nouvelles ?

Dans un premier temps, nous exposons pourquoi, sans la mise en place d'institutions particulières, la production privée de nouvelles connaissances risque bien d'être insuffisante au regard de ce qui serait désirable pour la société dans son ensemble. Nous montrons, ensuite, comment le brevet rétablit les incitations nécessaires à la production de connaissances, tout en veillant à leur diffusion au bénéfice de tous.

Un problème générique d'appropriabilité

Dans la classification des biens économiques, la connaissance s'apparente à un bien public en ce sens qu'elle est à la fois «non rivale» et difficilement «excluable». La non rivalité traduit le fait que la consommation du bien par un individu donné n'empêche en rien sa consommation par un autre individu. Cela signifie

² Ocean tomo, "Intangible Asset Market Value – Components of S&P 500 Market Value", <http://www.oceantomo.com/productsandservices/investments/intangible-market-value> (consulté le 26 octobre 2010).

³ Voir van Ark, Hao et Hulten (2009).

⁴ Selon le *Kroll Annual Global Fraud Survey* (comme reporté par le *Financial Times* du 18 octobre 2010).

... Un problème générique d'appropriabilité

que, pour tout niveau de production du bien, l'accroissement de coût qu'il faut encourir pour diffuser le bien auprès d'un consommateur supplémentaire est négligeable. Dans le cas de la connaissance, l'essentiel du coût total réside en effet dans un coût fixe de production alors que le coût de la reproduction tend vers zéro. Ainsi est-il, par exemple, estimé que la découverte d'une nouvelle molécule coûte en moyenne 1,25 milliard d'euros à l'industrie pharmaceutique alors que sa reproduction est souvent relativement simple.

Quant à l'excluabilité, elle fait référence à la capacité à exclure un individu particulier de la consommation du bien. Pour la connaissance, l'excluabilité est particulièrement difficile à assurer : de façon imagée, nous pouvons dire, qu'une fois produites, les idées «volent librement» et que quiconque est donc à même de s'en emparer. Ceci entraîne d'évidentes difficultés d'appropriation pour le producteur : comment pourrait-il tirer des revenus d'un produit que n'importe qui peut utiliser, dès sa diffusion, sans bourse délier ?⁵ Quand ces difficultés d'appropriation sont confrontées à des coûts de production élevés, souvent largement irrécupérables, c'est la création même de la connaissance qui est mise en danger.

Une solution : le brevet

Une manière de répondre à ce risque de «sous-production», évoqué ci-avant, est de rendre la connaissance excluable. C'est à cette fin que les créations intellectuelles peuvent être protégées par une série de droits : les droits de propriété intellectuelle. Parmi ceux-ci, l'on trouve les brevets qui protègent la propriété industrielle.

Plus formellement, le brevet est un titre (1) délivré par une autorité publique (2) portant sur une invention particulière et (3) conférant à son titulaire un monopole temporaire d'exploitation de cette invention. L'octroi d'un tel monopole vise précisément à donner à l'inventeur potentiel les incitations nécessaires à se lancer dans l'activité de recherche et développement.

Mais, si la connaissance est rendue excluable par le brevet, elle n'en reste pas moins non rivale et il est donc socialement souhaitable qu'elle puisse être diffusée le plus largement possible. On comprend dès lors pourquoi l'exclusivité conférée par le brevet est limitée à la fois dans le temps et dans sa portée. Concernant la durée de la protection, elle est limitée à 20 ans dans une grande majorité de pays.⁶ Pour ce qui est de la portée, une série de conditions doivent être réunies pour obtenir un brevet. Le brevet porte en effet sur une invention nouvelle, impliquant une activité inventive et susceptible d'application industrielle. L'invention sera nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique, c'est-à-dire tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen. L'activité inventive sera reconnue si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique. Enfin, on considèrera qu'une invention est susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie.

Il est important de souligner également qu'en contrepartie du monopole d'exploitation qu'il obtient, le titulaire du brevet doit divulguer son invention au public. Dans toute demande de brevet, sont en effet incluses une description de l'invention suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse la mettre en œuvre, une ou plusieurs revendications qui définiront l'objet de la protection demandée,

⁵ Ceci vaut également pour tous les biens d'information (musique, livres, vidéos, ...). On parle, dans ce cas, de piratage (voir Belleflamme, 2003). Pour une introduction à l'analyse économique de la propriété intellectuelle, voir Lévêque et Ménière (2003).

⁶ La durée effective de la protection est parfois réduite car, après un certain nombre d'années, une taxe, souvent annuelle, croissante par paliers, est due pour le maintien en vigueur du brevet.

... *Une solution : le brevet*

les dessins éventuels ainsi qu'un abrégé. Ceci garantit qu'une fois la protection offerte par le brevet éteinte, la connaissance sous-jacente sera accessible.

On le voit, le brevet réalise un compromis entre l'incitation à la production de connaissances nouvelles et la diffusion de celles-ci. Le brevet poursuit également un objectif de facilitation des échanges. En effet, en tant que titre matérialisant un droit de propriété, le brevet confère à son titulaire l'ensemble des prérogatives de ce droit : *usus, fructus* et *abusus*. Le titulaire du brevet peut choisir entre exploiter le brevet lui-même ou octroyer une licence d'exploitation à des tiers. Il peut récolter les «fruits», les royalties qu'il reçoit de tiers en contrepartie d'une éventuelle licence d'exploitation. Enfin, il peut également céder son titre ou le «détruire» en ne payant plus les taxes dues pour son maintien en vigueur, par exemple. D'un point de vue économique, la possibilité de transférer les droits de propriété intellectuelle est aussi importante que l'exclusivité que ces droits confèrent; l'efficacité économique requiert en effet que les connaissances produites puissent être utilisées par qui y attache la plus grande valeur. C'est à ce titre qu'il est désirable d'organiser des marchés de brevets fonctionnant sans encombre; nous reviendrons sur ce point à la Section 3.

2. Quand les brevets engendrent leurs propres problèmes : innovations cumulatives, hold-up et *patent trolls*

Si le brevet solutionne le problème d'appropriabilité, il le fait imparfaitement et génère également son lot d'effets pervers. Nous étudions successivement les innovations cumulatives, les *patent trolls* et, plus largement, la pratique du *patent trolling* ainsi que l'environnement propice à son développement. Nous concluons cette section par l'analyse des mécanismes de défense potentiels contre cette pratique, tant ceux qui existent déjà aujourd'hui que ceux qu'il conviendrait de mettre en place.

Les problèmes générés par les innovations cumulatives

Aujourd'hui, de nombreuses innovations, surtout dans le domaine des technologies de l'information et de la communication, ainsi que dans celui des biotechnologies, sont dites cumulatives : elles sont basées sur – ou directement liées à – d'autres innovations. Ainsi, le standard W-CDMA de téléphonie mobile s'appuie sur plus de 6000 brevets, appartenant à plus de 30 sociétés différentes. De même, le développement du *Golden Rice*, une variété de riz génétiquement modifiée pour combattre les carences en vitamine A, a nécessité la combinaison de plus de 70 brevets, relevant de 5 champs technologiques différents et détenus par 31 institutions.

Cette interdépendance et cette succession de nombreuses innovations posent un double problème. Tout d'abord, le risque est accru pour les innovateurs de contrefaire un brevet sans s'en apercevoir. Ensuite, la nécessité de passer par une première innovation pour en créer une seconde place le premier innovateur dans une position de négociation très forte; celui-ci est en effet en mesure d'exiger le paiement de royalties très élevées au contrefacteur qui se trouve prisonnier des investissements technologiques qu'il a faits. C'est ce qu'on appelle, en termes économiques, un problème de hold-up.

Les conséquences sur l'innovation sont assez évidentes : si l'innovateur de seconde génération ne peut obtenir un profit suffisant, soit parce que le premier innovateur se voit attribuer une part proportionnellement plus importante des rentes, soit parce que ce dernier dispose d'un véritable droit sur les innovations subséquentes, les incitations à la recherche du second en seront diminuées.

Les patent trolls : une définition malaisée

Entrons à présent dans le vif du sujet. Il est souvent d'usage de définir le concept principal d'un article mais nous allons voir que, dans le cas des *patent trolls*, il s'agit d'un exercice périlleux et, à certains égards, plutôt vain.

... *Les patent trolls* :
une définition malaisée

Les premières occurrences de ce terme dans le domaine de la propriété intellectuelle remontent à 1993. Dans une vidéo réalisée à l'attention des entreprises, universités et administrations américaines, les *patent trolls* sont présentés non seulement comme une conséquence de brevets (trop) larges mais également comme une entité qui attend «le bon moment» pour surgir, qui se positionne stratégiquement pour collecter les royalties qui lui sont dues. Peu après, le terme fut popularisé à l'issue d'un litige impliquant le géant des semi-conducteurs américains, *Intel Corporation*. Peter Detkin, alors en charge de la propriété intellectuelle chez Intel, qualifia *Techsearch LLC*, le demandeur dans l'action en contrefaçon, de *patent troll* et le définit comme «quelqu'un qui essaie de générer beaucoup d'argent, par le biais d'un brevet qu'il n'utilise pas, n'a pas l'intention d'utiliser et, dans la plupart des cas, n'a jamais utilisé».

Le vocable *troll* a indubitablement une connotation négative et ce jeu dangereux de sémantique contribue à aveugler ou, à tout le moins, à troubler, l'analyste qui trop souvent postule que le *patent troll* est nécessairement néfaste et qu'il constitue un détournement des principes consignés dans le droit des brevets. C'est pourquoi, il vaut mieux prendre, comme unité d'analyse, un ensemble plus large, à savoir celui des *Non-Practicing Entities* (NPE). La caractéristique principale de ces entités, personnes physiques ou morales, est simplement d'être *non practicing* : elles détiennent des brevets ou autres droits de propriété intellectuelle mais n'ont pas l'intention ou la capacité de produire, commercialiser ou utiliser l'invention brevetée. Plutôt que de renoncer à leur(s) droit(s), elles cherchent à en tirer profit par le biais de licences d'exploitation et/ou à le(s) faire respecter par le biais des Cours et tribunaux. La NPE est polymorphe et ce terme englobe des réalités très différentes : de l'inventeur individuel à la société spécialisée dans l'acquisition de brevets en passant par des sociétés classiques ou des universités, tous peuvent être qualifiés de NPE.⁷

On s'aperçoit dès lors qu'il est vain de vouloir définir *ex ante* quel acteur ou catégorie d'acteurs est *per se* un *patent troll*. Nous préconisons plutôt une évaluation *ex post*. Nous estimons en effet que le *patent troll* n'existe pas en tant que tel; il n'est de trolls que de comportements de trolls. Un inventeur individuel, une université, une société classique ou une entreprise spécialisée seront parfois des trolls. Plutôt que de condamner un acteur en particulier, concentrons-nous sur leur comportement et leur manière d'agir. Nous estimons qu'il ne faut pas éliminer les trolls mais prévenir leurs comportements en éliminant les prescrits légaux qui les rendent possibles. Comme l'explique bien Slits (2010), toute NPE a deux visages dont l'un est celui d'un troll.

Le patent trolling :
identification des stratégies

Si l'on ne peut les définir avec succès, il faut donc observer ce qui les caractérise et les stratégies qu'ils poursuivent. Mentionnons ici, pour autant que de besoin, que la mécanique de la stratégie des *trolls* est huilée par le caractère parfaitement légal de leur action. Le *patent trolling* existe en bonne partie parce que cette pratique n'enfreint aucune loi.

- Tout d'abord, les trolls acquièrent des **brevets larges dans des domaines propices au hold-up** : le domaine des logiciels et les brevets portant sur des *business methods* sont très prisés par les trolls, bien plus que ceux issus des industries pharmaceutique, biotechnologique ou chimique. Dans le domaine de l'informatique, les inventions sont souvent marginales, incrémentales, et reposent sur d'autres technologies, le cas échéant, brevetées. Le caractère cumulatif de ces innovations facilite les comportements de hold-up, inhérents à la stratégie des

⁷ Pour une réflexion sur la question de savoir si les universités sont des *patent trolls*, voir Lemley (2007).

**... Le *patent trolling* :
identification des stratégies**

trolls. Ces derniers ne doivent acquérir que l'un ou l'autre brevet stratégique pour être en mesure de faire pression sur une entreprise productrice. Quant aux brevets portant sur des *business methods*, ils sont souvent d'une validité douteuse et d'une portée difficilement évaluable. Ils sont donc malaisément interprétables et génèrent ainsi une grande insécurité juridique dont le troll peut profiter. Dans l'incertitude, le défendeur préférera s'accorder avec le troll plutôt que de prendre le risque d'écooper d'une injonction de cessation émanant d'un juge. Plus il a de l'aversion pour le risque, moins il souhaitera s'engager dans un procès dont l'issue est incertaine et préférera conclure un accord; le troll surfe donc sur le caractère imprévisible des décisions de justice pour extraire de ses cibles des royalties, parfois sans fondement. Enfin, le troll acquiert souvent des brevets dits dormants : il s'agit de brevets qui ne sont pas exploités industriellement. L'industrie en a parfois même oublié leur existence. C'est ainsi que, plusieurs années après sa délivrance, un brevet peut sortir de son sommeil, réveillé par un troll, qui le brandit face à une entreprise productrice.

- Dans le cadre d'un litige ayant trait à un brevet et impliquant des parties qui sont toutes deux des entreprises productrices, il est fréquent que le défendeur introduise contre le demandeur une demande reconventionnelle. Il s'agit d'un mécanisme de défense classique, particulièrement efficace lorsque les parties opèrent dans le même secteur d'activité, plus encore si ce secteur a habituellement recours au mécanisme du brevet pour protéger ses innovations. Par ce biais, le défendeur introduit sa propre action en contrefaçon contre le demandeur. Bien souvent, cela amènera les parties à conclure des accords de licences dites croisées par lesquels les parties s'autorisent chacune à utiliser le brevet de l'autre. Lorsque deux entreprises productrices détiennent des brevets complémentaires, elles ont donc chacune un intérêt à coopérer avec l'autre pour éviter une «destruction mutuelle assurée». Comme le note Shrestha (2010), le troll n'a, par contre, pas d'incitation à obtenir une licence sur un brevet détenu par sa cible et préférera obtenir des *royalties*. En effet, quel intérêt aurait-il à se voir accorder une licence sur un brevet donné, s'il ne produit rien industriellement ? Il est donc moins vulnérable qu'une entreprise productrice, ce qui lui confère un avantage certain dans les négociations avec sa cible.

- L'attente fait partie intégrante de la stratégie des trolls. Comme leur but premier est d'utiliser les brevets qu'ils détiennent afin de maximiser leur profit, dérivé quasi exclusivement de royalties et de dommages et intérêts, ils ont tout intérêt à surgir lorsque le contrefacteur a déjà réalisé des investissements conséquents, basés sur la technologie litigieuse. Plus le temps passe, plus le contrefacteur investit en recherche et développement et, partant, moins il lui sera facile d'abandonner l'invention litigieuse.

***Environnement propice
au développement
des *patent trolls****

L'histoire nous apprend que les trolls n'ont véritablement prospéré qu'à deux reprises : au 19^e siècle et en ce début de 21^e siècle. Comme Magliocca (2007), on peut donc raisonnablement penser que l'environnement, politique, juridique et économique joue un rôle capital dans l'existence et le développement des trolls. Aujourd'hui, les trolls reviennent en force, principalement aux Etats-Unis, pour un certain nombre de raisons.

- Au cours de ces trente dernières années, la protection offerte par le mécanisme du brevet s'est considérablement renforcée et le champ de la brevetabilité, très fortement élargi. En particulier, les logiciels et les *business methods* sont à présent brevetables. Nous l'avons déjà évoqué, les trolls aiment les brevets larges, protégeant des inventions issues de domaines propices au hold-up et/ou affectés par un épais *patent thicket*⁸, difficilement interprétables et, parfois, à la validité douteuse.

⁸ Il s'agit d'un dense réseau de droits de propriété intellectuelle qui se chevauchent et à travers duquel une entreprise doit se frayer un chemin pour parvenir à commercialiser une nouvelle technologie.

... *Environnement propice au développement des patent trolls*

Comme l'indique McDonough III (2006), c'est en effet dans ces deux domaines particuliers que sont, le plus souvent, issus des brevets de «mauvaise qualité».

- L'Office américain des brevets (USPTO) souffre aujourd'hui de problèmes structurels et organisationnels importants combinés à un manque de ressources financières et humaines. Cet état de fait affecte la qualité du travail réalisé et, par extension, la qualité des brevets délivrés.
- Les *patent trolls* sont d'autant plus susceptibles de prospérer que les frais de justice, au sens large, sont importants. Le défendeur préférera trouver un accord avec le troll tant que les royalties demandées par le troll pour la licence d'exploitation sont inférieures à l'ensemble des coûts qu'engendrerait une action en justice. En adaptant Golden (2007), on peut présenter cette condition sous la forme mathématique suivante (où E dénote l'Espérance mathématique et P, la Probabilité) :

Royalties	\leq	E (Coût total d'une action en justice)
	\leq	E (Frais de justices)
	+	E (Dommages et intérêts) * P (Condamnation assortie de dommages et intérêts)
	+	E (Injonction de cessation) * P (Condamnation assortie d'une injonction de cessation).

Seul le membre de gauche, les royalties, de cette inéquation peut être connu *ex ante* : il s'agit soit de la demande du troll soit du montant que les parties ont atteint par la voie de la négociation.

Par contre, les frais de justice consisteront en une estimation grossière car les litiges ayant trait à la propriété sont souvent longs et incertains. De plus, il est bon de préciser que, toujours aux Etats-Unis, la règle bien connue chez nous du *loser pays* n'est pas d'application. Ainsi, chaque partie supporte ses propres frais de justice, quelle que soit l'issue du litige. En 2009, les coûts moyens estimés d'un litige ayant trait à un brevet se montaient, aux Etats-Unis, à trois millions de dollars et à cinq millions en cas d'appel. Pour une entreprise à la santé financière fragile ou pour un inventeur individuel, dépenser de tels montants est littéralement impossible.

En ce qui concerne les probabilités, tant celle d'essayer une condamnation à payer des dommages et intérêts que celle ayant trait à une injonction de cessation, elles sont très difficiles à estimer, d'autant plus que le brevet litigieux est vague. Cette difficulté est renforcée par le recours de plus en plus fréquent au mécanisme du jury, par l'absence de précédents dans le domaine et par le tribunal choisi par le demandeur.

Il reste à estimer le montant des dommages et intérêts; encore une tâche bien ardue, voire impossible à réaliser *ex ante*. De plus, ce montant est susceptible d'être multiplié par trois si le caractère volontaire de la contrefaçon est établi : il s'agit des *treble damages*. Quant au coût qu'engendrerait une injonction de cessation, on peut le modéliser comme le manque à gagner qu'encourrait le contrefacteur s'il ne pouvait plus commercialiser les produits protégés par le brevet.

Le recours à un arbitre, en la personne du juge, est donc entravé par une série de barrières, principalement financières, qui conduisent souvent le défendeur à préférer la voie de l'accord, hors des Cours et tribunaux, même s'il a objectivement de sérieuses chances de voir son point de vue favorablement entendu.

... *Environnement propice au développement des patent trolls*

- Aux Etats-Unis, il existe des juridictions qui sont, en général, plus favorables aux titulaires de brevets. Comme l'explique Lemley (2010), la pratique du *forum shopping* qui consiste, pour un demandeur, à choisir le tribunal qui, a priori, est susceptible d'être le plus favorable à sa requête, y est très répandue.

Le Tableau 1 montre les différences principales qui existent entre les Etats-Unis et l'Europe et démontre, par ce biais, pourquoi les trolls sont bien plus répandus outre Atlantique.

Tableau 1. Comparaison Etats-Unis - Europe

	Etats-Unis	Europe
Notion de propriété	Forte et basée sur un concept de protection par le droit (<i>enforceability</i>)	Moins forte
Brevetabilité des logiciels	Autorisée	Interdite pour le code proprement dit; autorisée pour la solution technique
Brevetabilité des inventions génétiques	Autorisée	Autorisée uniquement pour les gènes et séquences génétiques
Brevetabilité des <i>business methods</i>	Autorisée	Autorisée uniquement pour la solution technique
Office des brevets	Problèmes organisationnels conséquents	Pas de problème sérieux
<i>Looser Pays</i>	Non applicable	Applicable
<i>Treble Damages</i>	Applicable	Non applicable
Mécanisme du Jury	Applicable	Non applicable
Frais de justice	Elevés	Plus raisonnables
<i>Forum Shopping</i>	Problème aigu, en premier degré de juridiction	Problème moins aigu. De plus, un projet de Cour Européenne des Brevets est en cours d'élaboration

Comment se défendre contre le *patent trolling* ?

Bien qu'il n'existe pas encore de consensus quant à l'effet exact, positif ou négatif, que peuvent avoir les trolls sur l'innovation et le bien-être global, la doctrine majoritaire estime qu'il s'agit de trouver des solutions afin de minimiser l'impact qu'a la pratique du *trolling* sur le bon déroulement des affaires.

Dans le contexte juridique actuel, tant législatif que jurisprudentiel, les sociétés qui innovent sont parfois victimes de *patent trolls*. Elles font alors face au dilemme exposé plus haut : aller en justice, avec toutes les conséquences, principalement financières, que cela implique ou conclure un accord négocié avec le *troll*. Cette dichotomie est particulièrement simpliste et, pour en sortir, d'autres solutions existent. Aujourd'hui, les entreprises désireuses de se protéger des *patent trolls* ont, en effet, à leur disposition une série de mesures. Outre les modes de défense génériques, les cibles de *trolls* peuvent recourir aux tactiques suivantes.

- **Repérer les *patent trolls***, obtenir des informations pertinentes sur eux, et, de la sorte, s'en protéger : par le biais de sources journalistiques ou académiques, par des blogs spécialisés tel que *Patent Troll Tracker* ou par l'adhésion à des entreprises qui collectent et analysent des informations sur les *Non-Practicing Entities* telle que *PatentFreedom*.

... Comment se défendre contre le *patent trolling* ?

- **Couper l'herbe sous le pied des trolls.** Pour qu'un *patent troll* puisse s'adonner à son activité, il lui faut posséder des brevets, c'est l'évidence même. Pourquoi alors, pour les entreprises susceptibles d'en être victimes, ne pas racheter certains brevets, avant qu'ils ne tombent aux mains des trolls ? Telle est l'activité principale de sociétés telles qu'*Allied Security Trust* et *RPX Corporation* qui se spécialisent dans la constitution de portefeuilles de brevets dans une optique défensive.
- **S'appuyer sur un nouveau courant jurisprudentiel.** Suite au cas *eBay, Inc. v. MercExchange, L.L.C.*, la pratique de l'injonction de cessation automatique qui prévalait jusqu'ici, lorsqu'une contrefaçon était constatée, est définitivement abandonnée. Le juge doit à présent utiliser le *four-factor test* pour estimer si le mécanisme de l'injonction permanente est approprié. Cela signifie que le demandeur doit, à présent, pour obtenir une injonction de cessation permanente à l'encontre du défendeur, établir : (1) qu'il a subi un préjudice irréparable; (2) que les autres sanctions légales, tels que des dommages et intérêts, sont inadéquates pour compenser le préjudice subi; (3) qu'au vu des retombées négatives que subirait tant le demandeur que le défendeur, une sanction en équité est requise; et (4) qu'une injonction permanente ne préjudicierait pas l'intérêt public.

Des mesures de plus long terme sont également proposées pour contenir et déforcer les *patent trolls*.

- Aujourd'hui, les trolls sont très actifs dans le secteur informatique et possèdent des brevets portant principalement sur des logiciels et des *business methods*. Aussi, la solution la plus évidente est d'exclure ces dernières innovations du champ de la brevetabilité. Le caractère extrême d'une telle mesure ainsi que l'impact incertain qu'elle aurait sur l'innovation la rend cependant peu probable.
- Nous l'avons dit, l'attente fait partie de la stratégie des trolls. Plus ils attendent pour déclencher leur action et surprendre le contrefacteur – plus longtemps leurs brevets restent «dormants» –, plus leur profit potentiel est élevé. Pourquoi alors ne pas augmenter les coûts qu'ils encourraient à agir d'une telle manière opportuniste ? Comme le suggère Magliocca (2007), une augmentation des taxes dues pour le maintien en vigueur du brevet rendrait la pratique du *trolling* moins profitable.
- Une réforme en profondeur de l'USPTO permettrait de prévenir la délivrance de mauvais brevets. Des brevets plus clairs empêcheraient les trolls de surfer sur le caractère incertain d'une décision de justice pour conclure un accord profitable hors des Cours et tribunaux.
- La réforme du droit américain des brevets, version 2010, propose une série de mesures permettant de limiter la pratique du *patent trolling*. Elle prévoit une limitation des dommages et intérêts ainsi que l'évaluation plus stricte de la notion de contrefaçon volontaire, ce qui réduirait sensiblement l'attrait d'une action en justice pour les trolls. Couplée à une meilleure formation des juges, une limitation sévère de la pratique du forum shopping enlèverait encore des atouts au troll. Ensuite, le système de réexamen des brevets, plus pratique et rapide, permettra au défendeur de contester la validité d'un brevet détenu par un troll de manière plus efficiente, hors des Cours et tribunaux. Finalement, un Office des brevets mieux financé permettrait d'éviter la délivrance de brevets de mauvaise qualité. Cependant, une réforme monolithique du droit des brevets est peu susceptible d'aboutir : le lobby pharmaceutique s'y est opposé, et s'y oppose toujours, farouchement.
- Une réforme du droit des brevets différenciés, avec des standards différents pour des industries différentes, serait plus susceptible d'aboutir. Comme le suggère Chuang (2006), les brevets portant sur les logiciels auraient une durée de protection inférieure à vingt années, donneraient lieu, en cas de contrefaçon, à des dommages et intérêts limités et seraient soumis à des critères de brevetabilité plus stricts.

3. NPE et *patent trolls* : un mal nécessaire pour un marché des brevets efficace?

Différents acteurs évoluent aujourd'hui sur le marché des brevets et les NPE ainsi que les *trolls* font débat et divisent l'opinion publique.

Deux visions opposées

Sur les NPE et sur leur forme dérivée que sont les *trolls*, deux vues ont cours : la première, celle de la majorité, les considère comme néfastes, comme des parasites qui tirent profit des failles du système des brevets. Ils estiment que les *trolls* profitent de litiges sans fondements et qu'ils représentent un coût supplémentaire pour les sociétés productrices, ce qui entrave l'innovation. La seconde identifie plutôt les NPE à des *patent dealers*, à des intermédiaires qui ont pour effet de rendre le marché des brevets plus efficace, en faisant de ces derniers une commodité. Selon eux, les NPE valorisent les brevets détenus par les acteurs les plus faibles et créent un marché des brevets efficace.⁹

Il faut toutefois reconnaître que les marchés des brevets restent encore fort obscurs, ce qui permet aux *trolls* de tirer parti de l'asymétrie d'information qui y règne : l'inventeur n'est pas toujours à même d'estimer correctement la valeur de son brevet alors que le *troll*, spécialisé dans l'acquisition de brevets, l'est beaucoup plus. Ainsi ce dernier peut-il tirer un juteux profit en proposant, par la suite, des licences d'exploitation à prix élevé aux entreprises productrices. Une fois encore, même si le comportement du *troll* peut paraître opportuniste, il n'est pas, en soi, condamnable. Il ne faut pas se tromper de cible : c'est parce que le marché des brevets est imparfait que les *trolls* peuvent agir et non l'inverse. En effet, en créant les conditions d'un marché efficace dans lequel les prix reflètent au mieux la valeur intrinsèque d'un brevet, l'on parviendrait à rendre la pratique du *trolling* moins profitable et, partant, à modérer son impact. Les inventeurs auraient, face à eux, une série d'acheteurs potentiels et feraient face à des coûts de transaction réduits. De plus, s'il était plus facile et moins coûteux pour les entreprises productrices de rechercher et d'identifier les brevets potentiellement litigieux – de supporter des coûts de recherche réduits –, les *trolls* perdraient un autre de leurs atouts : il deviendrait plus difficile pour eux de se cacher et d'attendre patiemment avant d'intenter une action contre le contrefacteur.

Outre les associations défensives, de type *AST* et *RPX*, d'autres sociétés sont déjà actives sur le marché des brevets et contribuent à le rendre plus transparent et plus liquide : *Ocean Tomo* et certaines *clearinghouses*, par exemple. Aujourd'hui, le marché des brevets reste relativement émergent et de nombreux modèles d'affaires apparaissent, servant des buts tantôt antagonistes, tantôt complémentaires, tantôt similaires. Ce marché devient, de jour en jour, plus liquide et transparent; les *trolls* disposent de moins en moins d'obscurité pour agir et certaines de leurs cavernes sont dorénavant habitées par d'autres créatures de la forêt des brevets, bien plus convenables.

Conclusion et perspectives

Le *patent troll* n'est pas un mythe; il est une réalité. Mais c'est une réalité floue, dont les contours sont malaisément identifiables : la confusion avec les NPE classiques, souvent dommageable, le prouve.

Nous l'avons vu, définir *ex ante* ce qu'est un *patent troll* est une entreprise périlleuse, sinon utopique, et les définitions proposées dans la littérature excluent directement certaines NPE de l'appellation : les universités et les inventeurs indi-

⁹ La société *Mirror Worlds* (dont il était fait mention à l'entame de cet article) semble d'ailleurs plutôt appartenir à cette seconde catégorie : le Professeur Gelernter, l'informaticien de l'université Yale qui a fondé cette société, est reconnu comme un scientifique respectable et un pionnier des technologies de l'information.

... *Conclusion et perspectives*

viduels, par exemple. Ceci n'est pas acceptable et nous avons donc plaidé pour une approche comportementale, une appréciation en fait, *ex post* : il n'est, en effet, de trolls que de comportements de trolls et toute NPE possède deux visages, dont l'un est celui d'un troll.

Bien que notre approche ne possède qu'une valeur analytique et prédictive limitée, elle fournit, plutôt qu'une définition, une caractérisation, qui permet à l'observateur d'identifier le troll par le biais des comportements qu'il adopte. Elle est donc particulièrement adaptative et évolutive. Alors que le troll est, *hic et nunc*, résolument polymorphe, il le sera probablement d'autant plus dans le futur.

Si l'on veut éliminer entièrement les *patent trolls*, il faut éliminer entièrement les NPE. Cela n'est ni possible ni souhaitable : nombre de NPE contribuent substantiellement à l'innovation et les supprimer entraînerait un coût important pour la société. Par contre, il convient d'empêcher ces NPE de montrer leur autre visage, celui de *patent troll*. Si aujourd'hui certaines NPE le font ou sont tentées de le faire, c'est parce que l'environnement politico-juridico-économique les y encourage en rendant leur action profitable. Au risque de paraître stéréotypé, si le lutin qu'est la NPE devient un troll, c'est souvent parce que le système le pervertit. Il faut donc modifier les prescrits légaux et les conditions environnementales qui stimulent et catalysent cette mutation.

Pour les sociétés victimes des trolls, de nombreuses solutions existent déjà aujourd'hui et l'on peut s'en réjouir : tant des initiatives privées, pour repérer et combattre les trolls, que des mouvements jurisprudentiels tentent de contenir et de prévenir l'invasion. Il reste qu'une vision à long terme est nécessaire et la Section 2 évoquait nombre de solutions politiques. Si elles ont toutes un mérite, certaines sont plus susceptibles d'être mises en œuvre que d'autres.

Alors que le droit est tributaire de jeux de pouvoir et évolue lentement, les marchés sont adaptatifs et réactifs. Bien qu'une solution en droit soit bienvenue – ce serait d'ailleurs l'idéal –, il est peu probable qu'elle soit trouvée et implémentée rapidement. Une réforme en droit ne verra le jour que si elle est conduite, étape par étape, compromis après compromis, après consultation de tous les acteurs impliqués. C'est donc du marché des brevets que la contre-attaque viendra, à tout le moins, à court et moyen terme : les mécanismes de marché sont la meilleure arme qu'ont aujourd'hui à leur disposition les victimes des *patent trolls*. Tous les brevets que les trolls possèdent, les sociétés productrices auraient également pu les acquérir, soit directement, soit par le biais de sociétés telles que *RPX* et *AST*. Certes, l'on peut regretter les coûts supplémentaires que cela génère pour les sociétés productrices mais, actuellement, il leur faut les supporter afin d'éviter de devoir en supporter de plus importants, en justice ou lors de négociations avec les trolls. Le développement du marché des brevets amènera également une transparence accrue où les prix reflèteront alors la valeur exacte – ou plus exacte – de chaque invention. Partant, les inventeurs seront rétribués à la hauteur de leur contribution et le niveau d'innovation sera plus élevé.

Paul Belleflamme est professeur d'économie à la Louvain School of Management et chercheur au CORE (Université catholique de Louvain).

Laurent Slits est Master en Ingénieur de Gestion de la Louvain School of Management et Bachelier en Droit de l'Université catholique de Louvain.

Paul Belleflamme et Laurent Slits

Références

- BELLEFLAMME P. (2003), Le piratage des biens d'information, *Regards Economiques* 17.
- CHUANG A. (2006), Fixing the failures of software patent protection: deterring patent trolling by applying industry-specific patentability standards, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 16, pp. 215-251.
- GOLDEN J. M. (2007), "Patent Trolls" and Patent Remedies, *Texas Law Review*, vol. 85, pp. 2111-2161.
- LEMLEY M. A. (2007), Are Universities Patent Trolls?, *Stanford Public Law Working Paper*, n° 980776.
- LEMLEY M. A. (2010), Where to File your Patent Case?, *Stanford Public Law Working Paper*, n° 1597919.
- LÉVÊQUE F. et MÉNIÈRE Y. (2003), *Economie de la Propriété Intellectuelle*, Paris: La Découverte.
- MAGLIOCCA G. N. (2007), Blackberries and Barnyards: Patent Trolls and the Perils of Innovation, *Notre Dame Law Review*, vol. 82, pp. 1809-1838.
- MCDONOUGH III J. F. (2006), The Myth of the Patent Troll: An Alternative View of the Function of Patent Dealers in an Idea Economy, *Emory Law Journal*, vol. 56, pp. 189-228.
- SHRESTHA S. K. (2010), Trolls or Market-Makers? An Empirical Analysis of Nonpracticing Entities, *Columbia Law Review*, vol. 110, pp. 114-160.
- SLITS L. (2010), *Les Patent Trolls: Approche descriptive et prospective*, Louvain-la-Neuve, Louvain School of Management.
- VAN ARK B., HAO, J. et HULTEN, Ch. (2009), *Measuring Intangible Capital and Its Contribution to Economic Growth in Europe*, mimeo.

Directeur de la publication :
Vincent Bodart
Rédactrice en chef :
Muriel Dejemeppe
Comité de rédaction : Paul Belleflamme,
Vincent Bodart, Thierry Bréchet,
Muriel Dejemeppe, Frédéric Docquier,
Jean Hindriks, François Maniquet,
Marthe Nyssens
Secrétariat & logistique : Anne Davister
Graphiste : Dominos

Regards Économiques IRES-UCL
Place Montesquieu, 3
B1348 Louvain-la-Neuve
<http://www.uclouvain.be/en-regards-economiques>
regard-ires@uclouvain.be
tél. 010/47 34 26

ISSN 2033-3013