



NEW DIRECTION

THE FOUNDATION FOR EUROPEAN REFORM

France Brevets: a state-owned patent troll, harmful... and illegal?



with a translation in French

Thibault Schrepel

DISCUSSION PAPER

FEBRUARY 2014

**France Brevets: a state-owned patent troll,
harmful... and illegal?**

New Direction discussion papers are designed to encourage debate on public policy in a European context. They do not reflect the views of New Direction or its members. New Direction receives funding from the European Parliament and is also required to raise a proportion of its funds from additional sources. The views expressed in this publication do not necessarily reflect those of the European Parliament.

January 2014

Printed in Belgium

ISBN: 978-2-87555-098-9

Publisher and copyright holder:
New Direction Foundation
Rue d'Arlon 40, 1000 Brussels, Belgium
Phone: +32 2 808 7847
Email: contact@newdirectionfoundation.org

www.newdirectionfoundation.org

FRANCE BREVETS:

A STATE-OWNED PATENT TROLL, HARMFUL... AND ILLEGAL?

by Thibault Schrepel, PhD in international antitrust law

Today, the intellectual property law is dangerously diverted from its principles by patent trolls. These funds buy thousands of patents to blackmail innovative companies on a legal basis. While public authorities around the world are trying to curb this phenomenon, from the U.S. Congress to the European Commission, the French government created a true public patent troll with taxpayer money in 2011. Welcome to the Kafkaesque world of France Brevets.

The existence of France Brevets is not only detrimental to innovation, but it could also spark a protectionist spiral by encouraging other countries to create similar State-owned companies. We believe that France Brevets infringe state aid EU law and we encourage European companies to bring an action against it in front of the European Commission.

1. THE DEVIL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW: THE PATENT TROLL

A patent is an ownership right on “useful” inventions. It confers a right of exclusion that prohibits third parties from using the patented invention. Any person can acquire a patent.

Patent trolls, also called Patent Assertion Entities (“PAEs”), are entities created for the sole purpose of acquiring patents (sometimes thousands) in order to afterwards (i) grant licenses to third parties or (ii) introduce legal actions on the basis of a breach of its patents. While acknowledging that patent trolls can offer benefits by implementing a market protection to individual patents, adverse effects on innovation have been widely reported. Not only do they create a perpetual legal threat to companies, but they also voluntarily carry out destructive strategies.

The fight against patent trolls has been properly waged by Governments. In February 2013, President Obama clearly denounced their practices¹. The United States House of Representatives has recently voted, with a very large majority², the Innovation Act, a legal device aiming to eliminate these patent trolls. The Federal Trade Commission seems to be eager to push the matter further as many of its

¹ White House Task Force on High-Tech Patent Issues, <http://goo.gl/GzDx4>

² 325/91. Cf Le Concurrentialiste, Antitrust Letter #7, 10 January 2014, <http://goo.gl/hZBdR2>

commissioners keep raising the issue³. Last December, Joaquín Almunia, Vice President of the European Commission and European Commissioner for Competition, has warned Nokia not to act as a patent troll⁴. And only a few weeks ago, Michel Barnier, Commissioner responsible for internal market and services, ensured that reforms that will intervene in patent law will not encourage the creation of trolls⁵.

2. FRANCE BREVETS: THE CREATION OF A... PUBLIC PATENT TROLL!

2.1 France Brevets: a true patent troll!

France Brevets is a French investment fund created in March 2011 and is jointly owned by the French government and the *Caisse des Dépôts et Consignations*. The fund, initially worth € 100 million euro, is registered as a simplified joint-stock company (*Société par Actions simplifiée*, also said "SAS").

France Brevets aims to create a coherent patent cluster by acquiring public and private patents and giving licenses⁶. More specifically, the mission of France Brevets is to "manage a portfolio of patents and intellectual property rights, purchased on the market, which will be grouped into clusters aiming to: - buy French companies owning interesting patents before foreign funds acquire them; - to serve as a facilitator in the transmission of capital; - being an embryonic European market in a context of increasing securitization of intellectual property rights"⁷.

This presentation of France Brevets' activities raises legitimate concerns. The *Commission parlementaire des affaires culturelles et de l'éducation* openly questioned the activities of France Brevets in mid-2012⁸. In fact, under the pretext of improving French innovation, France Brevets meets all the characteristics of a patent troll:

³ J. BRILL, Introductory Remarks of Commissioner, « Patent Litigation Reform: Who Are You Calling a Troll? », 2014 International CES CEA Innovation Policy Summit, 8 Janvier 2014 : « Because PAEs do not manufacture products, they are not subject to countersuit, and have less incentive to cross-license patents » <http://goo.gl/B7up4l>

⁴ Joaquín Almunia, « Intellectual property and competition policy », 9 December 2013, <http://goo.gl/jaiy45>

⁵ Michel Barnier, 8 janvier 2014, <http://goo.gl/r82dpm>

⁶ Assemblée nationale, 14^{ème} législature, Question N° : 1206, <http://goo.gl/5V6s1A>

⁷ Comptes rendus de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Mercredi 15 juin 2011 <http://goo.gl/KOB3Pt>

⁸ Commission des affaires culturelles et de l'éducation ,24 July 2012 Compte rendu n° 07, <http://goo.gl/SXfKxz>

- It buys wide quantities of patents as it recently did on the Near Field Communication (“NFC”) market by acquiring 300 of them⁹.
- It has a profitability target. France Brevets aims to acquire patents that companies would be unable to defend themselves. In other words, instead of giving companies the means to defend these patents, France Brevets transforms innovation into a potential source of public revenue. Everything is, of course, funded by the taxpayer.
- It used the legal threat. Its leader, Rémy de Tonnac, was recently explaining in the context of NFC technology that “France Brevets has pockets deep enough to allow us to go to litigation if necessary”. The use of judicial blackmail is now a new official tool of the French government.

In addition, France Brevets, as its name indicates, only buys French patents, which is confirmed by many sources¹⁰. This is a thinly disguised form of protectionism. Under the guise of protecting French inventors, France Brevets does not act differently from its private counterparts, with the same destructive effects on innovation.

2.2. France Brevets does... everything that is doomed

It is highly instructive to note the similarities between the language used by France Brevets to describe its activity¹¹, and the one used by courts and other competition authorities to condemn trolls practices. Here are some examples:

- France Brevets: “The main objective of France Brevets is to aggregate consistent group of patents, called patent clusters”¹².
 - In its report on the pharmaceutical sector, the European Commission did not fail to note that an important objective of patent clusters was to “delay or block the entry of generic drugs on the market”¹³.
- France Brevets: “When there is an interest in pooling resources and rights, France Brevets can also implement the necessary means to structure and manage a Patent Pool”¹⁴.

⁹ M. REY, « Avec France Brevets, des PME pourraient toucher le gros lot », L’Entreprise.com, 26 July 2013, <http://goo.gl/UVpm6n>

¹⁰ A. BARBAUX, « France Brevets mode d’emploi », L’Usine Nouvelle, 12 September 2012, <http://goo.gl/S8yYbX>.

¹¹ See France Brevets status on societates.com (<http://goo.gl/msp2aE>), as well as its website at www.francebrevets.com

¹² Article 3 point (i) of France Brevets status

¹³ COMMUNICATION FROM THE COMMISSION Executive Summary of the Pharmaceutical Sector Inquiry Report

¹⁴ Article 3 point (i) of France Brevets status

- If patent pools may be pro-competitive, they also have adverse effects on competition. Let us note that a report jointly published by the Federal Trade Commission and the Department of Justice in 2007¹⁵ raised concerns that patent pools holders may agree among themselves on the pricing of licenses, and therefore, paralyze the entire market. The report also notes that patent pools are likely to discourage innovation. All entities licensing a patent pool license exchanged them at minimal prices. Therefore, interest in innovation is necessarily reduced.
- France Brevets: “When the valuation of patents involves active participation in standardization entities, France Brevets can offer its expertise to strengthen the position of these patents in these organizations. Thus, while ensuring visibility of research organizations, France Brevets deploys a strategy to ensure the best possible use of your patents”.
 - This imposes to tackle the very sensitive matter of standardization bodies, which serve to ensure the adoption of a single production standard for all firms. Patent trolls are accustomed to implement many strategies to divert these standardizations. It may, for instance, be a “patent ambush” where the patent holder does not reveal the existence of the patent, waits for a standard containing its patent to be adopted, and then reveals its existence to obtain a license at exorbitant prices¹⁶. This is precisely what doomed the European Commission¹⁷ and an American Court of Justice¹⁸ in the Rambus case. Then, what exactly is this “strategy” evoked by France Brevets? Nobody knows. Do we want to take the risk that France Brevets carries out similar practices? Certainly not.
- France Brevets: “By offering you to exploit your patents in other industries outside of your business market, France Brevets explores new opportunities for the development of your patents. These uses, sometimes distant from the professional field, are in fact covered by the broad spectrum of the patent and may interest other companies in other sectors”.
 - If there isn’t here anything clearly redeemable, let us note that France Brevets offers companies who hold wide range patents to extort licensing fees to companies operating in other sectors. In other words, France Brevets diverts part for which the patent was issued: to stimulate innovation. The patent is here exploited to reallocate capital from company B to A. Is this really the purpose of intellectual property?

2.3. Creation of a strong international legal risk

¹⁵ <http://leconcurrentialiste.files.wordpress.com/2014/01/antitrust-enforcement-and-intellectual-property-rights-promoting-innovation-and-competition.pdf>

¹⁶ Patent ambush in the US and the EU : How wide is the gap ? (New Frontiers of Antitrust Conference – Paris, 11 Feb. 2011), <http://goo.gl/VQi44H>

¹⁷ European Commission, COMP/38.636, 9 décembre 2009, <http://goo.gl/KEXmgI>

¹⁸ Rambus Inc. v F.T.C., 522 F.3d 456 (D.C. Cir. 2008), <http://goo.gl/JBCMOU>

France Brevets claims to be the “First investment and valuation patents fund in Europe”. There is yet nothing to brag about!

Indeed, the risk is strong that other countries of the European Union, faced with this French initiative, will decide to create equivalent entities. Indeed, how can we truly think that our European neighbors will agree to let it go and will not wish to protect their companies by attacking French ones? Now that the first lawsuits have been initiated by France Brevets, the infernal spiral could be engaged very quickly¹⁹. And the situation could very rapidly become the following: entities such as Germany Patents, Italy Patents, Poland Patents etc, will paralyze foreign companies by forcing them to invest great money in legal actions that often take several years to end. Is that the great innovation defense plan of the French government? Once again, the very protectionist short-term approach of our political leaders is going against innovation.

It appears from this study that if patent trolls can foster innovation in only very specific circumstances, a State-owned patent troll will most likely trigger a protectionist spiral, to the detriment of European innovation.

3. IS FRANCE BREVETS ILLEGAL?

We can also wonder about the legality of France Brevets activities. Indeed, European law prohibits State aid incompatible with the internal market. "The help" created by France Brevets to companies could, in our view, constitute a prohibited State aid.

Article 107 of the TFEU provides that "Save as otherwise provided in the Treaties, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market."²⁰

Only companies as defined by the European law are subject to the state aid regulation. The Court of Justice defines “company” as any entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status

¹⁹ A. BOURDU, « France Brevets, fonds d’investissement au service de l’innovation ? », Le Cercle des Echos, 9 January 2014, <http://goo.gl/n5QvLM>

²⁰ THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:en:PDF>

and the funding of the entity²¹. As to the definition of an economic activity, it appears to be any activity consisting in offering goods or services on a given market. France Brevets is therefore an undertaking within the meaning of European law²².

The criterion of Member States trade effect is, in the case of France Brevets, potentially questionable. However, we note that because of the introduction of legal actions, one of the activities of France Brevets, the company is appreciably affecting trade between Member States. Indeed, the support of France Brevets to some companies may have a restrictive effect on companies outside the area and looking to establish themselves in France. In addition, this may have the effect of discouraging companies to give licenses.

The criterion of an aid granted by the State or through State resources is also met. Indeed, the statutes of France Brevets indicate that the company is 50% owned by the *Caisse des Dépôts et Consignations* and 50% by the Caisse des Dépôts et Consignations "acting on behalf of the State."

The criterion related to competition distortion "by favoring certain undertakings or certain products " is also filled. Indeed, France Brevets aims to help companies in their legal actions or before standardization bodies. France Brevets writes on its website: "You can entrust France Patents to enhance your patent through licensing". And the company also helps "to acquire a right of exploitation". France Brevets is then an entity funded by the state that helps companies to enhance their assets by paying expenses normally incurred by these companies. These expenses usually include seeking to acquire a license to find all patent holders or to license its patents. In sum, France Brevets tends to ensure the "development" of companies for which it takes advantage at the expense of others who aren't helped by France Brevets²³.

To assess whether France Brevets distorts competition, it must also be considered for the economic benefits it provides to companies. "Public interventions in favour of companies can be considered free of state aid within the meaning of EU rules when they are made on terms that a private operator would have accepted under market conditions (the market economy investor principle – MEIP). If the MEIP is not respected, the public interventions constitute state aid within the meaning of the EU rules (Article 107 of the Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU), because they confer an economic advantage on the beneficiary that its competitors do not have"²⁴. In this respect, note that, in 2012,

²¹ CJCE 23 April 1991 aff 41/90, Höfner et Elser

²² CJCE 16 June 1987 aff. 118/85, Commission c/ Italie

²³ Patents France says on its website to intervene « selectively »

²⁴ Voir par exemple « State aid: Commission takes two decisions on incompatible state aid granted by France to SNCM », http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1126_en.htm

France Brevets generated a net profit of minus 4,589,700 euros²⁵. It will be hard, in these circumstances, to justify the presence of the French government in a company with such a large deficit.

When the French government helps French companies to the detriment of European companies, an incompatible state aid with the common market is potentially characterized. France Brevets seems to only help national enterprises. The agreement signed between the State and the National Research Agency in 2010 provides that "France Brevets activity will be devoted to the purchase and maintenance of intellectual property rights from the national public research and marketing"²⁶. It is also specified that "France Brevets occurs selectively taking into account the strategic value of patents and the expectations of French actors of innovation".

Moreover, it says that "France Brevets gives an overall consistency in the management of intellectual property in France by proposing the creation of public-private portfolios / and by increasing international capacities. The project is a component of the construction of a new economy of intellectual property that allows France to play a leading role in Europe infrastructures". An information report of the *Assemblée Nationale* (French parliament) confirms that the objective of Patents France is to "preserve the intellectual heritage that could come under the control of foreign players"²⁷. In sum, the objective of France Brevets "is to offer French innovative actors a higher valued offer, based on a critical mass in an international dimension". The first legal actions took by France Brevets also show that its objective is to protect French companies at the expense of the European area²⁸. Legal actions recently launched in the United States and Germany by France Brevets confirmed this²⁹.

Each time France Brevets helps a French company, a prohibited State aid is potentially created, and France violates European law.

Now, it should be noted that a legal action against prohibited state aid can be introduced by "any Member State and any person, undertaking or association of undertakings whose interests might be affected by the granting of aid, in particular the beneficiary of the aid, competing undertakings and trade

²⁵ Last available stats, <http://goo.gl/coQd40>

²⁶ Investissements d'avenir, convention Etat-ANR Action : « Valorisation – Fonds national de valorisation », <http://goo.gl/vqmdwT>

²⁷ Assemblée nationale, rapport d'information enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 July 2011, <http://goo.gl/Ko5meJ>

²⁸ Voir M. REY, « Avec France Brevets, des PME pourraient toucher le gros lot », L'Entreprise.com, 26 July 2013, <http://goo.gl/UVpm6n>

²⁹ « France Brevets assigne LG et HTC en contrefaçon », 9 December 2013, <http://goo.gl/xbCgY6>

associations"³⁰. An online form is available on the website of the European Commission³¹: let's hope that some European companies will challenge France Brevets!

CONCLUSION

France Brevets is a public patent troll which, under the guise of protecting French innovation, creates well-documented destructive effects on R&D. In sum, France Brevets reproduces the illusion of protectionism in the field of intellectual property.

In addition, its public nature reinforces the risk to see European states fight against each other, which would be extremely damaging to the European innovation. Plus, we believe that the creation of France Brevets is not only harmful, but illegal.

The initial endowment of France Brevets was conducted as part of the "future investment program". Indeed, if the future is to kill innovation in Europe, France Brevets is a terrific investment.

³⁰ COUNCIL REGULATION (EU) No 734/2013 of 22 July 2013 amending Regulation (EC) No 659/1999 laying down detailed rules for the application of Article 93 of the EC Treaty article 1, point h <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:204:0015:0022:en:PDF>

³¹ State Aid control Online complaint form http://ec.europa.eu/competition/forms/sa_complaint_en.html

France Brevets :
un véritable patent troll public, néfaste et... illégal ?

Aujourd'hui, le droit de propriété intellectuelle, par essence favorable à l'innovation, est dangereusement détourné de ses objectifs par des fonds spécialisés dans le contentieux et qui en font un usage abusif : les *patent trolls*.

Alors que les autorités publiques du monde entier tentent, à juste titre, d'enrayer ce phénomène, que fait l'Etat français ? Il crée un *patent troll* avec l'argent du contribuable, se comportant ainsi comme le pire des fonds-requins américains. Bienvenue dans le monde kafkaïen de France Brevets.

1. Le démon du droit de propriété intellectuelle : le patent troll

1.1 Qu'est-ce qu'un patent troll ?

Un brevet est un droit de propriété sur les inventions « utiles ». Il confère un droit d'exclusion, celui d'interdire à un tiers d'utiliser l'invention brevetée. Toute personne physique ou morale peut en faire l'acquisition.

Les patent trolls, aussi appelés PAEs (« Patent Assertion Entities »), sont des entités créées dans l'unique but d'acquérir (des milliers) des brevets pour ensuite (i) octroyer des licences d'exploitation à des tiers ou (ii) introduire des actions en justice sur le fondement d'une violation de ces derniers.

Les patent trolls ont plusieurs 'spécialités'. L'une d'entre elles consiste à menacer d'introduire des actions en justice (fondée ou non) dans le but d'obtenir la conclusion de transactions avec des tiers³². Ces tiers sont généralement des petites entreprises qui souhaitent éviter le paiement de frais de justice coûteux ainsi que des procédures s'étalant sur plusieurs années. Une autre des spécialités des patent trolls est le rachat à des sommes dérisoires (parfois 1 euro) de milliers de brevets, ce qui leur permet

³² C. DUHIGG, S. LOHR, « The Patent, Used as a Sword », The New York Times, 7 Octobre 2012 <http://goo.gl/dCD9D>

ensuite de menacer les entreprises du secteur d'introduire des actions contre leurs technologies si elles refusent de reverser des sommes d'argent pour exploiter une technologie dont elles détiennent pourtant les brevets.

Les Américains connaissent l'existence de patent trolls depuis une plus longue période que les Européens. Pour cette raison, la question est bien mieux documentée de l'autre côté de l'Atlantique. Les chiffres sont éloquentes. Des chercheurs ont trouvé qu'entre 1990 et 2010, les entreprises attaquées par des patent trolls avaient dépensé un total d'un demi-billion de dollars de frais de justice (500 milliards de dollars) sur le seul continent américain³³. Peu avant les années 2010, ces mêmes entreprises dépensaient 83 milliards de dollars par an. C'est autant d'argent qui ne sera jamais investi dans l'innovation³⁴. Et le nombre de procès initiés par des patent trolls n'a de cesse d'augmenter.

Les patent trolls s'attaquent généralement à de petites sociétés³⁵. Le patent troll n'est pas le problème de multinationales qui s'affronteraient entre elles. Il s'agit plus généralement de trolls ouvrant des procès contre des sociétés qui n'ont pas des moyens équivalents de défense. Ainsi, dans 66% des cas, les patent trolls introduisent leurs actions en justice contre des sociétés ayant un chiffre d'affaires inférieur à 100 millions d'euros annuels. Dans 55% des cas, ces sociétés génèrent moins de 10 millions d'euros de chiffre d'affaires annuels.

Toujours sur le sol américain, les procès ouverts par des patent trolls représentaient en 2007 24,6% de tous les procès impliquant des brevets. En 2012, cette proportion s'est portée à 58,7%³⁶.

1.2. Les effets néfastes : détournement d'un monopole légal

Il faut reconnaître que l'existence des patent trolls peut avoir des plusieurs avantages. (1) Premièrement, le fait que de nombreux brevets soient regroupés entre les mains d'une seule et même entité peut faciliter les négociations. A titre d'exemple, les produits de nouvelle technologie intègrent des milliers de brevets, et un patent troll permettra donc d'obtenir d'un coup d'un seul les licences nécessaires à la production de ces produits. (2) Egalement, les patent trolls peuvent être mieux à même d'assurer le respect du paiement des licences. (3) Enfin, il est en théorie possible qu'un patent troll

³³ The Private and Social Costs of Patent Trolls, James Bessen, Jennifer Ford, Michael J. Meurer
<http://goo.gl/HS6Djg>

³⁴ PATENTS AND COPYRIGHTS: DO THE BENEFITS EXCEED THE COSTS? * Julio H. Cole : cet article tend à expliquer que l'existence brevets fait se déplacer le capital disponible de la R&D vers les frais de justice.

³⁵ Startups and Patent Trolls Colleen V. Chien Santa Clara University - School of Law <http://goo.gl/xRohs>

³⁶ http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2247195

concède une licence globale contenant plusieurs de ses brevets, et qu'ainsi, le coût de cette licence soit moins élevé qu'aurait été le coût de dizaines de licences conclues avec des entités séparées.

Toutefois, si ces avantages existent, ils sont largement compensés par de nombreux effets néfastes sur le marché. L'un de ces effets est de tuer l'innovation, et in fine, l'investissement nécessaire à toute économie.

On peut certes concevoir les *patent trolls* comme un moyen mis un point par le marché de défendre le droit de propriété. Mais selon la justification utilitariste des droits de propriété intellectuelle (voir notre discussion sur le sujet en Annexe), l'existence des brevets vise à encourager l'innovation. En effet, accorder un monopole légal à un inventeur l'incitera à innover, faire breveter l'innovation, et ainsi récolter les royalties des licences d'exploitation qu'il aura accordées à ses concurrents³⁷. Pourtant, l'existence des brevets peut aussi tuer l'innovation. En effet, qui dit droit de propriété dit possibilité de poursuivre en justice tout tiers qui violerait ce droit. Mais la défense de ce droit n'a de sens que lorsqu'une véritable atteinte est portée. Or, l'acquisition d'un brevet peut ainsi être faite dans l'unique but d'introduire des actions en justice contre ses concurrents. Il est à l'inverse difficile d'imaginer une personne décidant de l'acquisition de nombreux terrains afin d'exercer son pouvoir d'introduire des actions en justice contre les passants ayant malencontreusement posé un pied sur l'une de ses parcelles. C'est pourtant cette même stratégie qu'utilisent les trolls en matière de propriété intellectuelle.

Cette stratégie d'acquisition massive de droits est d'autant plus possible que les critères de délivrance des brevets ne sont pas des plus draconiens³⁸. Les chiffres parlent d'eux-mêmes. Samsung a fait l'acquisition en 2012 de plus de 5000 brevets, et IBM décroche la première place mondiale avec plus de 6400 brevets. Toutefois, notons que ces entreprises ne se contentent pas d'acquérir des brevets puisqu'elles exploitent par ailleurs une activité productive. Ce n'est pas le cas de toute. Citons Rockstar Consortium qui a fait en 2011 l'acquisition d'un paquet contenant 4000 brevets³⁹.

Or, l'acquisition d'un très grand nombre de brevets implique nécessairement l'acquisition de brevets stratégiques qui découragent in fine l'innovation. Ces brevets sont de plusieurs sortes. (1) Ce peut être des brevets frivoles (« frivolous patent ») qui protègent des produits à peine innovants. Le nombre très

³⁷ Plusieurs analyses tendent à prouver que l'incitation à innover créée par les brevets est en réalité fictive. Voir par exemple un article de P. MOSER, Professeur d'économie à l'Université de Stanford, « Innovation Without Patents— Evidence from World Fairs », 16 juillet 2010 <http://goo.gl/KUII5P>

³⁸ A titre d'exemple, l'USPTO vient tout récemment de délivrer un brevet (n°US8605152) protégeant l'enregistrement de cours de yoga en vidéo. "The system and method place the instructor at the head of the classroom with live-participants arranged between the instructor and the camera with a direct line of sight between the camera and the instructor allowing for the viewer participant to have unobstructed views while simultaneously allowing for the viewer participant to have live participants in the periphery, as if the viewer was attending a live class" <http://goo.gl/Cgc4Ks>

³⁹ T. SCHREPEL, Antitrust Letter #5, 12 novembre 2013, <http://leconcurrentialiste.files.wordpress.com/2013/12/antitrust-letter-5.pdf>

important des demandes de brevets qui est fait chaque année amène les offices de délivrance à octroyer des brevets qui ne devraient pas l'être. Les patent trolls, détenant des milliers de brevets, sont donc nécessairement des nids de brevets frivoles⁴⁰. (2) Ce peut également être des brevets de seconde génération (« second-generation patent »). Il s'agit là de chercher à obtenir la prolongation d'un brevet (généralement dans le milieu pharmaceutique) en faisant breveter une amélioration apportée au premier brevet. La protection du premier brevet sera ainsi prolongée. (3) Ce peut être des brevets sous-marins (« submarine patent »). Qu'il le veuille ou non, un patent troll détient un grand nombre de brevets de ce type.

Mais ce n'est pas tout. Les patent trolls sont particulièrement néfastes à l'innovation en ce qu'ils mettent en œuvre de nombreuses stratégies destructrices. Nous citerons rapidement quelques-unes de ces pratiques. (1) Il peut s'agir de la pratique de « hold-up » consiste pour les patent trolls à attendre que leurs brevets soient intégrés dans des normes de production avant d'en révéler l'existence. (2) Il peut également s'agir de l'exploitation soudaine d'un brevet dormant (« dormant patent »). Dans cette situation, le détenteur va soudainement décider d'attaquer en justice une société qui fait utilisation d'un brevet inexploité. Or, lorsqu'un troll acquiert un tel brevet, il aura bon jeu d'immédiatement introduire une action en justice contre les sociétés utilisant l'un de ses brevets, en dépit d'un potentiel accord de neutralisation passé entre ces sociétés et le détenteur originel. (3) Il peut aussi s'agir d'une pratique d'« evergreening » qui consiste à obtenir la prolongation d'un brevet en ne le modifiant que très légèrement. Une liste exhaustive de toutes ces pratiques serait encore longue.

Notons enfin que parce qu'ils ne manufacturent pas de produits, les patent trolls ne sont que très rarement attaqués en justice. Pour cette raison, ils ne sont donc pas incités à octroyer de licences croisées dans le but de neutraliser les potentiels conflits⁴¹. En somme, les patent trolls sont des entités spécialisées dans l'action en justice et qui revêtent une forme les mettant largement à l'abri de telles actions.

1.3. La lutte contre les patent trolls

Pour toutes ces raisons, la lutte contre les patent trolls a été légitimement engagée par les Gouvernements. En février dernier, le Président Obama a dénoncé leur existence⁴². La Chambre des Représentants des Etats-Unis a tout récemment voté l'adoption de l'Innovation Act avec une très large

⁴⁰ T. SCHREPEL, « Patent troll through the US and EU antitrust law: When co-operation is no longer an option », European Competition Law Review, Mai 2013

⁴¹ Introductory Remarks of Commissioner Julie Brill "Patent Litigation Reform: Who Are You Calling a Troll?" 2014 International CES CEA Innovation Policy Summit January 8, 2014 Las Vegas, Nevada, « Because PAEs do not manufacture products, they are not subject to countersuit, and have less incentive to cross-license patents » <http://goo.gl/B7up4l>

⁴² White House Task Force on High-Tech Patent Issues <http://goo.gl/GzDx4>

majorité de 325/91⁴³, un dispositif légal visant à éliminer ces patent trolls. Et la Federal Trade Commission ne semble pas s'en contenter puisque plusieurs de ses commissaires continuent de soulever le problème⁴⁴. En décembre dernier, Joaquín Almunia, Vice-président de la Commission européenne et Commissaire européen à la Concurrence, a mis en garde Nokia de ne pas se transformer en patent troll⁴⁵. Et il y a quelques jours, Michel Barnier, Commissaire européen au Marché intérieur et aux Services, assurait que les réformes qui vont intervenir en matière de brevet ne susciteraient pas la création de troll⁴⁶.

2. France Brevets : la création d'un patent troll... public !

2.1. France Brevets : un vrai patent troll !

France Brevets est un fonds d'investissement français créé en mars 2011 et détenu à parité par l'Etat et la Caisse des Dépôts et Consignations. Le fonds a été initialement doté de 100 millions d'euros, est enregistré comme société par actions simplifiée (SAS).

France Brevets a pour mission de valoriser les brevets des titulaires publics ou privés, en constituant des grappes cohérentes de brevets et en les valorisant sous forme de licence⁴⁷. Plus encore, la mission de France Brevets est de « - Gérer un portefeuille de brevets et de droits de propriété intellectuelle, achetés sur le marché, et qui seront regroupés en grappes permettant de mieux les valoriser ; - Racheter des sociétés françaises disposant de brevets intéressant des fonds étrangers avant qu'ils ne les acquièrent ; - Servir de facilitateur dans la transmission du capital ; - Être un embryon de marché européen, dans un contexte de croissance de la titrisation des droits de propriété intellectuelle. »⁴⁸

Cette présentation de l'activité de France Brevets soulève des inquiétudes légitimes. La Commission parlementaire des affaires culturelles et de l'éducation s'interrogeait ouvertement mi 2012 sur les

⁴³ Le Concurrentialiste, Antitrust Letter #7, 10 janvier 2014, <http://goo.gl/hZBdR2>

⁴⁴ J. BRILL, Introductory Remarks of Commissioner, « Patent Litigation Reform: Who Are You Calling a Troll? », 2014 International CES CEA Innovation Policy Summit, 8 Janvier 2014 : « Because PAEs do not manufacture products, they are not subject to countersuit, and have less incentive to cross-license patents » <http://goo.gl/B7up4l>

⁴⁵ Joaquín Almunia, « Intellectual property and competition policy », 9 décembre 2013 <http://goo.gl/jaiy45>

⁴⁶ Questions parlementaires, Réponse donnée par M. Barnier au nom de la Commission, 8 janvier 2014 <http://goo.gl/r82dpn>

⁴⁷ Assemblée nationale, 14^{ème} législature, Question N° : 1206 <http://goo.gl/5V6s1A>

⁴⁸ Comptes rendus de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Mercredi 15 juin 2011 <http://goo.gl/KOB3Pt>

activités de France Brevets⁴⁹. En fait, sous prétexte d'améliorer l'innovation française, France Brevet répond à toutes les caractéristiques du patent troll :

- Il achète de grande quantité de brevets comme il a pu le faire autour de la technologie Near Field Communication (« NFC ») où il a acquis 300 brevets⁵⁰. Le très grand nombre de brevets que ce patent troll détient en fait un frein à l'innovation.

- Il répond à une exigence de rendement. France Brevets a pour l'un de ses objectifs le rachat de brevets que les entreprises n'arriveraient pas à défendre elles-même. Autrement dit, au lieu de donner aux entreprises les moyens de défendre ces brevets, France Brevets s'approprie l'innovation pour en faire une potentielle source publique de revenu. Le tout étant, bien entendu, financé par le citoyen.

- Il utilise la menace judiciaire. Son dirigeant, Rémy de Tonnac, expliquait récemment dans le cadre d'une affaire impliquant des brevets liés à technologie NFC, que « France Brevets a les poches assez profondes pour nous permettre d'aller jusqu'au contentieux s'il le faut ». Avec France Brevets, voilà donc que le chantage judiciaire est le nouveau bras armé de l'Etat français.

De plus, France Brevets, comme son nom l'indique, ne rachète que des brevets français, ce qui est confirmé par de nombreuses sources⁵¹. C'est une forme à peine déguisée de protectionnisme.

L'Etat a donc créé un véritable *patent troll* public avec l'argent du contribuable. C'est une première, en tout cas en Europe (outre-Atlantique, le Gouvernement américain, qui n'est pas lui non plus dépourvu de contradictions, a financé une douzaine de *patent trolls* plus modestes⁵²).

Sous couvert de protéger les inventeurs français, France Brevets n'agit pas différemment de ses homologues privés, avec les mêmes effets destructeurs sur l'innovation.

⁴⁹ Commission des affaires culturelles et de l'éducation Mardi 24 juillet 2012 Compte rendu n° 07

<http://goo.gl/SXfKxz>

⁵⁰ Voir M. REY, « Avec France Brevets, des PME pourraient toucher le gros lot », L'Entreprise.com, 26 juillet 2013,

<http://goo.gl/UVpm6n>

⁵¹ Voir A. BARBAUX, "France Brevets mode d'emploi", L'Usine Nouvelle, 12 septembre 2012 <http://goo.gl/S8yYbX>.

⁵² Patent Trolls by the Numbers <http://goo.gl/WhLkKP>

2.2. France Brevets se vante de faire... tout ce qui est condamné !

Il est en effet amusant de constater les similarités entre les termes utilisés par France Brevets pour décrire son activité⁵³, et ceux employés par les cours de justice et autres autorités de concurrence pour en condamner les pratiques. Voici quelques exemples :

France Brevets : « France Brevets a pour objectif essentiel d'agréger des groupes de brevets cohérents, appelés grappes de brevets »⁵⁴.

Dans son rapport sur le secteur pharmaceutique, la Commission européenne n'a pas manqué de relever qu'un objectif important de ces « grappes de brevets » « est de retarder ou de bloquer l'entrée des médicaments génériques sur le marché ».⁵⁵

France Brevets : « Quand il y a un intérêt dans la mutualisation de ressources et de droits, France Brevets peut également mettre en œuvre les moyens nécessaires pour structurer et administrer un Patent Pool »⁵⁶

Si les patent pools (des regroupements de brevets) peuvent être pro-compétitifs, ils peuvent également avoir des effets néfastes sur la concurrence. C'est ce que relève un rapport publié en commun par la Federal Trade Commission et le Department of Justice en 2007⁵⁷. L'explication est la suivante : si les détenteurs de patent pools s'entendaient entre eux sur la fixation du prix des licences, ce qui est certes condamné par le droit de la concurrence américain comme européen, le marché serait entièrement paralysé. Egalement, le rapport relève que les patent pools sont de nature à décourager l'innovation. Toutes les entités accordant des licences à un patent pool s'échangent des licences entre elles à des prix minimes. Dès lors, l'intérêt à innover en est nécessairement réduit.

France Brevets : « Lorsque la valorisation des brevets implique une participation active à des organismes de normalisation, France Brevets peut proposer son expertise pour renforcer la position de ces brevets dans ces organismes. Ainsi, tout en assurant une visibilité des organismes de recherche, France Brevets déploiera une stratégie qui garantisse la meilleure valorisation possible de vos brevets. »

On touche là au sujet très sensible des organismes de normalisations. Ces organismes servent à assurer l'adoption d'une même norme de production par toutes les entreprises. Seulement, les patent

⁵³ Voir les statuts de France Brevets disponibles sur societes.com (<http://goo.gl/msp2aE>) ainsi que son site Interne sur www.francebrevets.com

⁵⁴ Voir également article 3 point (i) des statuts de France Brevets

⁵⁵ COMMUNICATION DE LA COMMISSION Synthèse du rapport d'enquête sur le secteur pharmaceutique

⁵⁶ Voir également article 3 point (i) des statuts de France Brevets

⁵⁷ <http://leconcurrentialiste.files.wordpress.com/2014/01/antitrust-enforcement-and-intellectual-property-rights-promoting-innovation-and-competition.pdf>

trolls ont pour habitude de mettre en œuvre de nombreuses stratégies visant à détourner ces normalisations. Il peut par exemple s'agir d'un patent ambush où le détenteur du brevet va ne pas révéler l'existence de son brevet, attendre qu'une norme soit adoptée avec ce brevet à l'intérieur, et seulement ensuite révéler son existence et octroyer des licences à des prix exorbitants⁵⁸. C'est très précisément ce qu'ont condamné la Commission européenne⁵⁹ et une Cour de justice américaine⁶⁰ dans l'arrêt Rambus. Qu'implique cette « stratégie » qu'évoque France Brevets ? Nul ne sait. Veut-on prendre le risque que France Brevets mette en œuvre des pratiques équivalentes ? Certainement pas.

France Brevets : « En vous proposant d'exploiter vos brevets dans d'autres secteurs industriels en dehors de votre cœur de métier, France Brevets explore de nouvelles opportunités de valorisation de vos brevets. Ces utilisations du brevet éloignées parfois de votre domaine professionnel, restent en effet, couvertes par le spectre large du brevet et peuvent intéresser d'autres entreprises d'autres secteurs. » :

S'il n'y a là rien de formellement criticable, relevons que France Brevets propose aux entreprises qui détienne un brevet avec une large portée d'aller extorquer des frais de licence à des sociétés présentes sur d'autres secteurs. Autrement dit, France Brevets détourne en partie ce pour quoi le brevet a été délivré : stimuler l'innovation. France brevets vient faire du brevet un véritable sabre venant couper les fonds d'entreprises qui ne font pas concurrence au détenteur. Le brevet est ici instrumentalisé pour réattribuer les capitaux d'une entreprise B à une entreprise A (le détenteur du brevet). Est-ce là vraiment le rôle de l'attribution d'un brevet ?

2.3. Création d'un risque juridique fort au niveau international

France Brevets assure être le « Premier fonds d'investissement et de valorisation des brevets en Europe ». Il n'y a pourtant pas de quoi se vanter !

En effet, le risque est fort que les autres pays de l'Union européenne, voyant cette initiative française prendre de l'ampleur, décident de créer une entité équivalente. En effet, comment ne pas penser que nos voisins européens accepteront de se laisser faire et ne souhaiteront pas à leur tour défendre leurs entreprises en attaquant les entreprises françaises ? Avec les premières actions en justice ouvertes par France Brevets, il n'est qu'une question de temps avant que les autres Etats ne décident de répliquer⁶¹.

⁵⁸ Patent ambush in the US and the EU : How wide is the gap ? (New Frontiers of Antitrust Conference - Paris, 11 Feb. 2011) <http://goo.gl/VQi44H>

⁵⁹ European Commission, COMP/38.636, 9 décembre 2009 <http://goo.gl/KE Xmgl>

⁶⁰ Rambus Inc. v F.T.C., 522 F.3d 456 (D.C. Cir. 2008) <http://goo.gl/JBCM0U>

⁶¹ A. BOURDU, France Brevets, fonds d'investissement au service de l'innovation ? Le Cercle des Echos, 9 janvier 2014, <http://goo.gl/n5QvLM>

La situation pourrait ainsi très rapidement devenir la suivante : le nombre de procès initiés par des entités aussi diverses que Allemagne Brevets, Italie Brevets, Pologne Brevets (...) paralysera les entreprises de chacun de ces pays en les obligeant à investir des sommes très importantes dans des actions en justice qui prennent souvent plusieurs années. Est-ce ça le plan de défense de l'innovation de l'Etat français ? Une fois encore, la version court-termiste très keynésienne qui habite nos dirigeants politiques vient freiner un peu plus l'innovation de notre pays.

Il ressort donc de cette étude que si les patent trolls peuvent favoriser l'innovation dans certaines circonstances très précises, un patent troll public ne peut aucunement se vanter des mêmes vertus.

3. France Brevets serait-il illégal ?

Nous soulevons par ailleurs des questions quant à la légalité des activités de France Brevets. En effet, le droit européen interdit les aides d'Etat incompatibles avec le marché intérieur. « L'aide » apportée par France Brevets aux entreprises françaises pourrait, à notre sens, constituer une aide d'Etat prohibée.

L'article 107 du TFUE prévoit que, « Sauf dérogations prévues par les traités, 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. »⁶²

Seules les entreprises au sens défini par le droit de l'Union européenne sont soumises à la réglementation des aides d'Etat. La Cour de justice définit l'entreprise comme toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement⁶³. Quant à la définition d'une activité économique, il s'agit toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné⁶⁴. France Brevets constitue donc une entreprise au sens du droit de l'Union européenne.

Une fois le statut d'entreprise de France Brevets établi, il convient d'analyser les critères donnés par le texte.

⁶² Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, <http://goo.gl/Qj2F7>

⁶³ CJCE 23 avril 1991 aff 41/90, Höfner et Elser

⁶⁴ CJCE 16 juin 1987 aff. 118/85, Commission c/ Italie

- (1)** Le critère de l'affectation des échanges entre Etats membres est potentiellement discutable. Toutefois, nous notons que l'introduction d'actions en justice, l'une des activités de France Brevets, a pour effet d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres. En effet, cela peut avoir pour effet de décourager la conclusion de licences entre entreprises d'Etats différents. De plus, France Brevets entend renforcer les entreprises qu'elle aide, ce qui peut avoir un effet anticoncurrentiel sur les entreprises situées hors du territoire et qui cherchent à s'implanter en France. Nous pensons donc ce critère être rempli.

- (2)** Le critère d'une aide accordée par l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat est également rempli. En effet, les statuts de France Brevets indiquent que son capital est détenu à 50% par la Caisse des Dépôts et Consignations, et 50% par la Caisse des Dépôts et Consignations « agissant pour le compte de l'Etat ».

- (3)** Le critère qui est celui de « fausser » ou menacer de « fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions » est également rempli. En effet, France Brevets a, par exemple, pour objectif de trouver des licenciés, ou encore celui d'aider les entreprises dans leurs actions en justice ou devant les organismes de normalisation. France Brevets le dit sur son site Internet, « Vous pouvez confier à France Brevets le soin de valoriser vos titres à travers des licences ». Elle les aide également « à acquérir un droit d'exploitation ». Voilà donc une entité financée par l'Etat qui aide ses entreprises à valoriser leurs actifs en prenant en charge des dépenses incombant normalement à ces entreprises. Ces dépenses sont, pour une entreprise cherchant à acquérir une licence, celles qui impliquent de trouver l'ensemble des détenteurs des brevets, ou, pour une entreprise cherchant à donner son brevet en licence, celles qui impliquent de trouver des entreprises intéressées. En somme, France Brevets tend à assurer le « développement » des entreprises pour lesquelles elle prend parti, au détriment des autres qui n'ont pas pu intégrer les critères sélectifs de France Brevets⁶⁵.

Afin d'évaluer si France Brevets fausse la concurrence, il faut également étudier l'avantage économique qu'elle constitue pour les entreprises. Or, « les interventions des pouvoirs publics en faveur d'entreprises peuvent être considérées comme ne constituant pas des aides d'Etat au sens des règles de l'UE dès lors qu'elles sont effectuées à des conditions qu'un opérateur privé guidé par les critères du marché aurait acceptées (principe dit de l'investisseur en économie de marché). Si ce principe n'est pas respecté, les interventions des pouvoirs publics constituent des aides d'Etat au sens des règles de l'UE (article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE), car elles procurent à leur bénéficiaire un avantage économique dont ne bénéficient pas ses concurrents »⁶⁶. A ce titre, notons que France Brevets a dégagé en 2012 un résultat net de moins 4.589.700 euros⁶⁷. Il sera dans ces conditions difficiles de justifier la présence de l'Etat français au capital d'une entreprise si largement déficitaire.

⁶⁵ France Brevets indique sur son site Internet intervenir « de façon sélective »

⁶⁶ Voir par exemple « Aides d'Etat: la Commission adopte deux décisions relatives à des aides d'Etat incompatibles octroyées par la France à la SNCM » <http://goo.gl/1AVCiN>

⁶⁷ Derniers chiffres disponible, <http://goo.gl/coQd40>

A chaque fois que France Brevets aide une entreprise française à l'encontre d'entreprises d'autres pays de l'Union européenne, une aide d'Etat incompatible avec le marché commun est constituée. Or, la convention signée entre l'Etat et l'Agence nationale de la recherche en 2010, prévoit que « L'activité de France Brevets sera consacrée à l'achat et à l'entretien de droits de propriété intellectuelle issus de la recherche publique nationale et à leur commercialisation »⁶⁸. Il est également précisé que « France Brevets intervient de façon sélective en prenant en compte l'intérêt stratégique des brevets et les attentes des acteurs français de l'innovation ». Plus encore, il y est dit que « France Brevets donne une cohérence globale à la gestion de la propriété intellectuelle en France en proposant notamment la création de portefeuilles publics/privés et une capacité d'intervention accrue à l'international. Le projet est l'une des composantes de la construction des infrastructures d'une nouvelle économie de la propriété intellectuelle qui permette à la France de jouer en Europe un rôle directeur. ». A l'Assemblée nationale, il fut dit dans un rapport d'information que l'objectif de France Brevets est de « préserver un patrimoine intellectuel qui pourrait passer sous le contrôle d'acteurs étrangers »⁶⁹. En somme, l'objectif de France Brevets « est de proposer aux acteurs français de l'innovation une offre à plus forte valeur ajoutée, reposant sur une masse critique dans une dimension internationale ». Les premières actions ouvertes par France Brevets démontrent d'ailleurs que son objectif est de protéger les entreprises françaises au détriment de celles de l'espace européen hors frontières de la France⁷⁰. Les actions récemment lancées aux Etats-Unis et en Allemagne attestent de la véracité de ces propos⁷¹.

Chaque dossier d'une entreprise française dont France Brevets se saisit constitue potentiellement une aide d'Etat incompatible avec le marché intérieur. La France violerait alors le droit de l'Union européenne.

Il est à noter que le recours contre les aides d'Etat peut être fait par « toute personne, entreprise ou association d'entreprises dont les intérêts pourraient être affectés par l'octroi d'une aide, en particulier [...] les entreprises concurrentes et les associations professionnelles. »⁷². La jurisprudence européenne précise que le plaignant doit démontrer un intérêt légitime à interpeller la Commission. Un formulaire en ligne est disponible sur le site de la Commission européenne⁷³ : espérons que les entreprises européennes s'en saisissent !

⁶⁸ Investissements d'avenir, convention Etat-ANR Action : « Valorisation - Fonds national de valorisation »

<http://goo.gl/vqmdwT>

⁶⁹ Assemblée nationale, rapport d'information enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 13 juillet 2011

<http://goo.gl/Ko5meJ>

⁷⁰ Voir M. REY, « Avec France Brevets, des PME pourraient toucher le gros lot », L'Entreprise.com, 26 juillet 2013,

<http://goo.gl/UVpm6n>

⁷¹ « France Brevets assigne LG et HTC en contrefaçon », 9 décembre 2013 <http://goo.gl/xbCgY6>

⁷² Règlement (Ce) No 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE, article 1, point h <http://goo.gl/tH51JN>

⁷³ Contrôle des aides d'Etat, Formulaire de plainte en ligne <http://goo.gl/ICSS9Y>

Conclusion

France Brevets est un patent troll public qui, sous couvert de protéger les innovateurs français, produit les effets destructeurs classiques (et largement reconnus) des *patent trolls* sur le marché de la R&D. En ce sens, France Brevets ne fait que reproduire, sur le plan de la propriété intellectuelle, l'illusion du protectionnisme.

De plus, son caractère public vient renforcer le risque d'une compétition juridique entre les différents Etats européens qui serait extrêmement dommageable à la R&D européenne. Nous pensons que la création de France Brevets est non seulement néfaste, mais illégale.

La dotation initiale de France Brevets avait été effectuée dans le cadre du Programme d'investissements d'avenir (« PIA »). Alors effectivement, si l'avenir est de tuer l'innovation en Europe, France Brevets représente un formidable investissement.

ANNEXE : La contestabilité des droits de propriété intellectuelle⁷⁴

La question des patent trolls fait s'interroger sur la légitimité même de l'existence des brevets, et plus généralement, des droits de propriété intellectuelle. Nous saisissons donc l'occasion pour évoquer un débat qui ne l'est que trop peu.

La propriété intellectuelle confère un monopole légal. Qui dit monopole dit restriction de la liberté de ceux qui n'en jouissent pas. Il fallait donc justifier la propriété intellectuelle. Deux écoles se sont attelées à le faire. D'un côté, les naturalistes défendent l'idée qu'une création intellectuelle, au même titre qu'une création du monde physique, peut et doit bénéficier d'une protection⁷⁵. C'est la force de travail injecté dans le processus créatif qui lui confère ce privilège. De l'autre côté, les utilitaristes justifient l'existence des droits de propriété intellectuelle en ce qu'ils seraient à même de stimuler la création et donc aptes à maximiser le bien-être de la société⁷⁶.

Pourtant, les raisonnements de ces deux écoles souffrent de plusieurs critiques.

La justification naturaliste est critiquable en ce que certaines créations ne peuvent pas être protégées par la propriété intellectuelle. C'est par exemple le cas des concepts philosophiques. Or, ne protéger que certaines créations intellectuelles crée nécessairement une situation injuste. De plus, la durée limitée de l'octroi de protections (20 ans pour un brevet) prouve l'arbitraire qui se cache derrière ce système. Et il va s'en dire qu'accorder des brevets d'une durée illimitée aurait des conséquences désastreuses sur l'innovation. Enfin, en admettant la propriété intellectuelle, il faudrait admettre que la propriété de toute création peut, au moins en partie, être revendiquée par de nombreuses personnes. Sans la formule $E=mc^2$ d'Einstein, une grande majorité des innovations de l'année 2014 n'auraient pas pu voir le jour. Einstein est-il bien fondé à réclamer la propriété de chaque brevet ? Le raisonnement ne tient pas.

La justification utilitariste des droits de propriété intellectuelle est également imparfaite. En effet, admettre une maximisation du bien-être de la société n'équivaut pas à justifier le fondement philosophique de la propriété intellectuelle. Admettons que voler aux plus riches permette cette maximisation. Cela ne justifie en rien la violation du droit de propriété qui sera faite au moment du vol. Ainsi, l'idée d'une justification de la propriété intellectuelle par l'utilitarisme se trouve confronter aux critiques plus générales de tout système utilitariste.

⁷⁴ voir S. KINSELLA, « Against Intellectual Property », Mises Institute, 2008

⁷⁵ R. MERGES, Justifying Intellectual Property, Harvard University Press, 2011

⁷⁶ David D. Friedman, « Standards As Intellectual Property: An Economic Approach », University of Dayton Law Review 19, no. 3, 1994

En réalité, le droit de propriété découle de l'idée de rareté. Tel que Locke l'a démontré, le titulaire naturel d'un droit de propriété est le premier à l'avoir acquis. Ainsi, le propriétaire naturel d'un terrain est le premier à en avoir pris possession. C'est la rareté de ce terrain qui justifie le droit de propriété. Or, la création intellectuelle n'est pas limitée. Deux personnes peuvent avoir une idée similaire sans avoir été influencées par l'autre. Le fait qu'une personne ait l'idée d'optimiser sa production d'une certaine façon n'est pas limité par l'utilisation de cette même technique par une autre personne. La propriété intellectuelle ne se consomme donc pas⁷⁷.

La rareté de la création intellectuelle est en fait fictivement créée par la reconnaissance d'un droit de propriété sur une ressource naturellement illimitée. En accordant un droit de propriété intellectuelle, le droit naturel de toute personne à exploiter les fruits de sa pensée est limité. De plus, ce droit de propriété intellectuelle limite non seulement le droit de propriété intellectuelle d'autrui, mais aussi son droit plus général de propriété. Le brevet accordé sur une invention prévient en effet toute autre personne de pouvoir l'utiliser sur sa propriété physique.

Nous notons que le débat sur la (non) justification des droits de propriété intellectuelle est complètement absent du paysage français. Pourtant, de nombreux éléments tendraient à ce qu'il soit au centre des préoccupations.

Quoi qu'il en soit, outre les interrogations qui se posent sur la légitimité des droits de propriété intellectuelle, d'autres apparaissent quant aux pratiques qui y sont liées. La question des patent trolls est l'une de celles qui devraient inciter à ranimer le débat sur la propriété intellectuelle. En effet, étudier les patent trolls amène nécessairement à étudier les justifications de la propriété intellectuelle pour deux raisons : (1) le fait que la maximisation du bien-être de la société se trouve réduit par ces trolls, ce qui tend à réfuter les thèses utilitaristes sur leur propre terrain, ainsi que (2) le fait que les patent trolls, en transcendant le monopole confié par l'Etat lorsqu'il délivre un brevet, viennent porter atteinte au bon fonctionnement du marché que la propriété intellectuelle semble a priori préserver.

⁷⁷ RAND, "Patents and Copyrights," p. 131. *Mises*, in *Human Action*, p. 661