

Capsule

**Innovation and its discontents :
how our broken patent system
is endangering innovation and
progress, and what to do about it***

Ejan Mackaay**

Jaffe et Lerner sont deux économistes américains connus pour leurs travaux empiriques sur l'innovation. Dans ce livre, ils proposent une réflexion sur la politique américaine récente, jurisprudentielle aussi bien que législative, en matière de brevets. On assiste, aux États-Unis depuis une vingtaine d'années, à une extension rapide de ce qui est brevetable (les méthodes de faire affaire, comme le *one-click purchase* d'Amazon, le vivant, le logiciel...), à une croissance du nombre de brevets octroyés, et à un renforcement des moyens à la disposition des titulaires pour faire respecter leurs droits. Les litiges sont à ce point coûteux et déséquilibrés en faveur des titulaires de brevet que quiconque se fait notifier que sa recherche pourrait violer un brevet, même si cela est inexact, est bien avisé de s'entendre avec le titulaire ou d'évacuer le domaine.

© Ejan Mackaay, 2004.

* Adam B. JAFFE et Josh LERNER, *Innovation and its discontents: How our Broken Patent System is Endangering Innovation and Progress, and What to do about it*, Princeton, Princeton University Press, 2004 ; xi + 236 p. ; ISBN : 0-691-11725-X.

** Professeur-chercheur au Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Mais la connaissance scientifique se bâtit par le cumul, les uns se mettant sur les épaules des autres. La porte que l'on ouvre plus grande pour protéger le titulaire de l'invention existante se referme d'autant pour les inventions à venir. Le brevet est-il alors devenu un frein à l'innovation considérée dans son ensemble ? Comment trouver l'équilibre optimal entre ces deux tendances contradictoires ?

Ce sont les questions dont traitent Jaffe et Lerner. Leur thèse est que le droit des brevets est dérégulé aux États-Unis, à la différence des pays de l'Union européenne et du Japon. Le nombre de brevets frivoles leur paraît très élevé – ils proposent plusieurs histoires croustillantes pour l'illustrer, comme celle du brevet de Schmucker sur le sandwich scellé sans croûte (p. 25-26). Le nombre de brevets octroyés et les procès intentés annuellement à leur sujet connaissent une croissance vertigineuse (Tableaux 1.1 et 1.2, p. 12 et 14). Les contestations de brevets ne réussissent presque plus jamais et sont, de toute façon, très coûteuses : un procès pour violation de brevet dont les enjeux dépassent les 25 M \$ risque de coûter entre 2 et 4,5 M \$; même avec moins d'un M \$ en jeu, le procès coûterait entre 300 000 \$ et 750 000 \$ (p. 68 et 152).

On pourrait penser que la société américaine devient de plus en plus inventive. Les auteurs proposent une façon ingénieuse de vérifier cette hypothèse. Comme les brevets importants sont demandés aussi bien aux États-Unis qu'au Japon et dans les pays de l'Union européenne, on peut comparer les taux de croissance, pour les brevets provenant des États-Unis, des brevets accordés aux seuls États-Unis et de ceux qui sont accordés dans les trois régions. Or, d'après les chiffres de l'OCDE, le premier indice a augmenté de 105 % pour la période allant de 1987 à 1998, alors que le deuxième ne s'est accru que de 51 % (p. 143). Que s'est-il passé ?

Les auteurs font ici état d'un changement de politique aux États-Unis en deux volets au début des années 1980. D'abord, l'appel des jugements en matière de propriété intellectuelle a été concentré en une seule cour, la *Court of Appeals for the Federal Circuit* ; en deuxième lieu, sous la crainte de se faire dépasser par l'industrie étrangère et notamment japonaise, une politique a été adoptée de faciliter l'obtention de brevets pour l'industrie américaine. La juridiction spécialisée pourrait paraître un bon moyen de mettre fin à une jurisprudence éclatée des différentes cours d'appel. Elle comporte cependant le risque de *tunnel vision* : la cour prendra des décisions de nature à élargir l'ampleur de son domaine de compétence

(p. 103). L'équilibre évoqué ci-dessus a maintenant été clairement rompu et les auteurs documentent, par études de cas et par statistiques, les effets délétères que cela produit pour l'innovation américaine. Quant à faciliter l'obtention des brevets, encore faut-il que le bureau des brevets ait les moyens d'examiner les demandes et puisse correctement retracer l'état de l'art dans le domaine. Or, pour les nouvelles technologies comme le logiciel, cela n'est pas toujours évident, car l'information nécessaire ne se trouve pas dans les descriptions des brevets existants. De toute manière, les moyens financiers du Bureau des brevets américain n'ont pas augmenté au même rythme que les demandes, ce qui conduit à des examens plus superficiels.

Ce dérapage n'est pas unique cependant. Les auteurs rappellent que tout au long de l'histoire des brevets, on a connu des périodes de débat, même de doute, sur l'ampleur que ce droit devrait avoir. Aux Pays-Bas, le Parlement a même décidé, en 1869, d'abroger la loi sur le brevet votée en 1817, décision dont il n'est revenu qu'en 1910 (p. 86-90). À la décharge des Néerlandais, il faut rappeler que le brevet avait été institué chez eux comme pouvant être accordé sans examen préalable et sans publication de l'invention : recette parfaite pour des blocages abusifs.

La crise est donc, aux yeux des auteurs, spécifique aux États-Unis et demande des correctifs particuliers pour ce pays, que les auteurs s'efforcent d'exposer en détail dans le dernier chapitre (p. 170-207). Ils insistent qu'ils sont pour le brevet, mais contre le mauvais brevet et le chantage qu'il rend possible. Pour nous, à l'étranger, qui ne sommes pas pris avec le même problème, il est intéressant de relever que les auteurs appellent de leurs vœux, pour le domaine de la propriété intellectuelle, le dialogue entre juristes et économistes qui permet de mieux comprendre les enjeux des politiques législatives et jurisprudentielles (p. 161).

En somme, un livre fort lisible sur un enjeu important.