

Christian Bessy

L'expropriation par le droit

Propriété intellectuelle, valeur et travail



III éditions
EHESS

En temps & lieux

Christian Bessy

L'expropriation par le droit

Propriété intellectuelle, valeur et travail

En temps & lieux

III éditions
EHESS

www.editions.ehess.fr

© 2022, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, Paris
ISBN 978-2-7132-2937-4 • ISSN 1962-7505

Cet ouvrage a bénéficié d'une aide à la publication du CNRS-Institutions
et Dynamiques historiques de l'économie et de la société (UMR 8533)



Édition: Ernest Moret

Conception graphique: Ann-Koulmig Renault

Le Code de la propriété intellectuelle interdit les copies ou reproductions destinées à une utilisation collective. Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants cause, est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L.335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Introduction

La parfumerie constitue un domaine propice à des contrefaçons de toute sorte. Elles vont de la simple reprise du nom de la marque et des modèles de flacons à la reproduction un peu plus coûteuse des fragrances, en passant par l'usage d'un tableau de concordance créant des équivalences entre des parfums proposés à la vente et des parfums de marque notoirement connus. Mais, pendant longtemps, en l'absence de procédés juridiques d'objectivation des ressemblances olfactives, les procès en contrefaçon s'appuyaient principalement sur des jeux de qualification permettant de déduire une manipulation illégale de noms de marques à des fins publicitaires et commerciales. À la fin des années 1990, un cabinet de conseils en propriété industrielle a cherché, en lien avec une équipe de chimistes, à concevoir une batterie de tests permettant d'objectiver les proximités olfactives et à faire reconnaître par les tribunaux ce mode de preuve de la contrefaçon.

Rapportons ici les propos d'un des représentants de ce cabinet que nous avons croisé à nouveau au cours de notre enquête en juillet 2019, plus de vingt ans après nos analyses des contrefaçons dans ce domaine :

Il s'agissait à l'époque d'une affaire opposant notre client à une société industrielle très importante, avec des capitaux russes et d'Arabie saoudite, qui avait pour *business model* de sortir des parfums qui imitaient très bien la fragrance mais pas de façon aussi grossière que ce que l'on trouve à Vintimille ou dans d'autres lieux... et souvent s'alimentait aux mêmes fournisseurs... Ils faisaient ce que font toutes les entreprises du

luxe, ils se copient tous entre eux, pourquoi pas nous? On a réussi à faire admettre la méthodologie. Le problème était d'objectiver la proximité olfactive. Après, le fondement (juridique), le droit d'auteur qui n'exclut pas la création olfactive mais qui ne la prévoit pas explicitement, et puis, le deuxième fondement, c'était la concurrence déloyale. Donc, on a développé une batterie de tests pour objectiver la proximité olfactive, avec un premier test assez classique consistant à faire une analyse des composants principaux à partir d'une CPG (chromatographie par phase gazeuse), on prend le parfum originel et le parfum argué de contrefaçon et sur 40 composés principaux on détermine le nombre de composés qui sont identiques ou juste des substituts, sachant que le créateur a à peu près 150 composés à sa main... Dans le cas d'espèce B on en a trouvé 36 identiques sur 40. Donc statistiquement la probabilité que cela soit le fait du hasard est extrêmement faible. Alors ce procédé d'objectivation a été retenu par plusieurs tribunaux, par la cour fédérale aux Pays-Bas, en Allemagne. Bon, en France avec la cour de cassation on a eu deux décisions contradictoires, mais c'était pour d'autres raisons... Nous avons fait depuis jurisprudence.

Ce cas est intéressant pour plusieurs raisons. Commençons par le fait que les affaires de contrefaçon sont réglées par des normes élaborées au niveau international, ce qui n'est pas nouveau. En effet, s'il est un domaine où le droit s'est rapidement internationalisé, c'est bien celui de la propriété intellectuelle (DPI, ci-après). Au-delà de la diffusion du modèle individualiste de l'inventeur à partir du XVIII^e siècle, cette internationalisation s'explique par la spécificité des œuvres de l'esprit qui présentent les caractéristiques d'un bien public pouvant circuler rapidement dans des lieux distincts de sa production originelle. Cette circulation des connaissances introduit une fragmentation du savoir entre les lieux de production, de diffusion et de consommation, fragmentation propice à un commerce avantageux de produits contrefaisants dans différents pays¹. C'est une des principales raisons pour lesquelles on a cherché à harmoniser, dès la fin du XIX^e siècle, les droits de propriété intellectuelle au niveau international: Convention d'union de Paris, en 1883, pour la propriété industrielle et Convention de Berne en 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Déjà à cette époque, les agents de brevets et les avocats spécialisés jouaient un rôle déterminant dans l'élaboration des conventions internationales et dans l'organisation des congrès qui les ont précédées et dans lesquels était en particulier discutée

1. Appadurai, 1986, p. 3-63.

Table des matières

Introduction	7
Problématiques	11
Cheminement et méthode	19
Plan	21
Chapitre I	
Les controverses économiques et juridiques autour des DPI	23
La critique radicale des droits intellectuels	26
La défense globale des DPI	27
La qualité des brevets devant les offices	30
Inventivité du brevet et efficacité de l'examen	30
La définition négociée des brevets	32
Qualité des brevets et marchés des technologies	34
Les juridictions spécialisées	37
Brevet, appropriation des techniques et droit de propriété	38
L'appropriation de la technique comme fondement de la propriété intellectuelle	41
Du créateur à l'investisseur	43
La brevetabilité du vivant	45
La résolution des litiges	46
La pluralité des conventions de valorisation et d'appropriation des DPI	49

Chapitre II

Conventions de valorisation des brevets

et intermédiaires du droit	53
Le statut privilégié de l'inventeur-fabricant	56
La reproductibilité de l'invention	57
Qualité et nouveauté de l'invention	58
Les usages stratégiques du titre de brevet	59
Le pouvoir de marché de l'industriel	61
Un outil de valorisation systématique des inventions	61
Les intermédiaires des marchés de technologies brevetées	64
Signal et monnaie d'échange	66
Une métrique pour définir la stratégie industrielle... ..	67
... et négocier les alliances	68
La financiarisation des DPI	70
L'élargissement des outils d'estimation des brevets	72
Les intermédiaires des marchés des brevets	74
La face cachée de la financiarisation	77

Chapitre III

La concurrence-coopération des avocats

et des conseils en propriété industrielle	87
L'histoire longue des relations entre les intermédiaires du brevet	92
La première mondialisation et la création de l'ONPI	93
Le développement de la R & D et des stratégies de propriété industrielle	94
La modernisation des offices de brevets et la mise en concurrence des intermédiaires du droit	95
De la coexistence à la concurrence	97
La réforme des professions de 1990 vers une logique plus entrepreneuriale	98
Le développement de l'interprofessionnalité	101
La segmentation accrue du marché du droit de la propriété intellectuelle	105
L'émergence de la place de Paris	105
La concentration et la diversification des activités des cabinets ..	107
Les activités européennes des cabinets	111

Chapitre IV	
La construction du droit européen du brevet par les intermédiaires juridiques	117
L'élaboration progressive du droit européen des brevets	121
Macro et micro-acteurs du droit du brevet	122
Les médiateurs du droit du brevet européen	124
Du titre communautaire au brevet unitaire exigeant une expertise accrue	128
Le paquet européen des juges	130
Le rôle des avocats de la concurrence	133
Les litiges dans le secteur pharmaceutique	137
Le contentieux récurrent entre les « génériques » et les « princeps »	137
L'amendement du droit européen des brevets sur les gènes par de nouveaux acteurs	140
Chapitre V	
La politique des inventeurs	147
Le modèle français de régulation des inventions de salariés	152
Encadré sur le modèle de l'inventeur-proprétaire	153
Travail subordonné et régime du secret	155
La réforme du régime des inventions de salariés	158
Le durcissement de l'obligation de rémunération supplémentaire	161
Le rôle de médiation de la Commission nationale d'inventions de salariés	164
Le recours croissant à la CNIS	165
Droit et conventions d'appropriation	167
De la gratification à la rémunération des performances économiques	171
L'analyse statistique du contentieux	173
Encadré sur la construction de la base de jugements	174
Caractéristiques des litiges et de leurs opposants	175
Des décisions des tribunaux favorables aux salariés	181
Typologie des cas de litige	184
Chapitre VI	
L'appropriation du travail créatif	193
Le recul des formes de copropriété	196
La théorie des droits de propriété	197
Les pratiques de réservation des DPI	199

La captation du savoir-faire des travailleurs	204
Brevet et savoir-faire	204
Les mémoires d'entreprise et la mobilité des salariés	208
Les captations technologiques	210
L'extension de l'expropriation des travailleurs au cours de la période contemporaine	212
La redéfinition des enjeux d'appropriation par les technologies numériques	214
Le cas de la création musicale	218
Les plateformes de <i>crowdsourcing</i>	220
Conclusion générale	231
L'échec du marché des DPI	232
L'émergence d'un capitalisme intellectuel?	234
Le rôle primordial des intermédiaires du droit	236
... dans l'instrumentation juridique des relations économiques . .	238
Remerciements	241
Bibliographie	243

Imprimé en France
par l'imprimerie Corlet
N° d'impression: 22030682
Dépôt légal: mai 2022