

REVUE  
D'ÉCONOMIE  
INDUSTRIELLE

## Revue d'économie industrielle

116 | 4e trimestre 2006  
Varia

---

# Réformer la propriété intellectuelle pour mieux réguler les marchés

Christian Bessy

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/rei/501>  
ISSN : 1773-0198

### Éditeur

De Boeck Supérieur

### Édition imprimée

Date de publication : 15 décembre 2006  
ISSN : 0154-3229

### Référence électronique

Christian Bessy, « Réformer la propriété intellectuelle pour mieux réguler les marchés », *Revue d'économie industrielle* [En ligne], 116 | 4e trimestre 2006, mis en ligne le 05 décembre 2007, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/rei/501>

---

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.

© Revue d'économie industrielle

---

# Réformer la propriété intellectuelle pour mieux réguler les marchés

Christian Bessy

---

## RÉFÉRENCE

Sous la direction de M.-A. FRISON-ROCHE et A. ABELLO. Paris, LGDJ, 2005. « Droit et Économie de la propriété intellectuelle »

- 1 Cet ouvrage collectif regroupe 17 contributions autour des enjeux les plus récents en matière de propriété intellectuelle. Son intérêt principal est qu'il entend traiter ces enjeux et les questions qu'ils soulèvent par le dialogue entre les disciplines, en particulier le droit et l'économie, et par la confrontation des points de vue et des opinions tout aussi bien des praticiens, notamment des professionnels du droit, et des enseignants-chercheurs.
- 2 L'ouvrage est structuré en trois parties, la première posant les éléments de la problématique générale qui ont animé sa composition. La seconde partie poursuit les problématiques particulières auxquelles donnent lieu les rapports entre droit de la propriété intellectuelle (DPI par la suite) et les questions économiques telles que la concurrence, le libre-échange et le développement économique. La troisième partie montre comment le DPI répond à l'émergence de nouveaux biens (médicaments, biotechnologie, « nouvelle économie »), ou encore de nouveaux enjeux : différents titulaires des DPI, brevet communautaire, droits d'auteur et Internet, et les tensions entre liberté d'expression et monopole du titulaire des marques.
- 3 Nous ne reprenons pas ici le plan de l'ouvrage, ni toutes les contributions dans le détail qui sont toutes dans leur genre de grande qualité. Dans un premier temps, nous présentons ce qui constitue l'élément fort de cet ouvrage, à savoir le projet de refondation de l'ordre juridique autour de la régulation des marchés, via l'instrumentalisation du DPI au profit de l'efficacité économique. Nous en montrons

ensuite les limites en s'appuyant sur une critique de la conception dominante du droit véhiculée par la plupart des contributions.

## La refondation de l'ordre juridique pour réguler les marchés

- 4 Implicitement le modèle de collaboration entre juristes et économistes qui émerge de l'ouvrage, et en particulier sous la plume de M.-A. Frison-Roche qui parle de « transdisciplinarité », est orienté par une fin principalement normative. Tous doivent travailler conjointement pour proposer la bonne réforme ou la bonne règle, chacun étant garant d'une certaine façon de la cohérence de l'ensemble, de l'édifice juridique pour les uns (principe de non-contradiction entre les règles au sein d'un même corpus juridique et entre des corpus différents), de l'équilibre du système économique pour les autres, au sens d'éviter de trop grandes distorsions de concurrence ou de situations peu propices à l'innovation et par suite au développement économique. L'auteur juriste défend l'idée que le « droit est devenu la courroie de transmission entre le politique et l'économique, dans le triangle des trois perspectives sur lequel s'appuie toute régulation » (p. 318).

### Un « droit de la régulation » 0

- 5 Dit à ce niveau de généralité, ce rôle du droit, notamment en matière de propriété intellectuelle et de concurrence, paraît acceptable à un grand nombre de juristes et d'économistes au-delà de la diversité des doctrines ou des approches théoriques qu'ils peuvent défendre. Le droit est essentiellement au service de la société et constitue un ensemble d'institutions majeures permettant d'améliorer le fonctionnement de l'économie et plus généralement d'accroître le « bien-être social »<sup>1</sup>. Le texte introductif de Frison-Roche permet de mieux capter le sens du rôle qu'elle entend faire jouer au droit, entendu comme un « droit de la régulation ». Elle y justifie l'étude des interférences entre propriétés intellectuelles et droits des marchés, pour pouvoir concevoir ensuite des mécanismes de régulation de la globalisation économique, retenir des principes prioritaires, tracer une nouvelle cohérence d'un système juridique conçu directement à un niveau supranational, c'est-à-dire au-dessus des souverainetés étatiques.
- 6 C'est donc à la construction d'un nouveau système juridique que l'auteur nous convie dans lequel le DPI constituerait un levier essentiel du politique car davantage manipulable par les États que ne le sont la concurrence ou le développement économique, en particulier par la voie des offices publics de brevet et des politiques de licence obligatoire. Ce passage obligé par le politique pour construire les interférences entre différents corpus juridiques pourrait s'appuyer sur un nouveau principe qui, selon l'auteur, est en voie d'émergence : l'innovation vaut en ce qu'elle est partagée.
- 7 Ce n'est pas moins un des grands mérites de Frison-Roche d'aborder la dimension politique à partir de l'émergence d'un principe fondateur du bien commun, d'une tentative de son explicitation et de la façon dont il peut être implémenté. En effet, cette unité de principe, propre à réarticuler propriétés intellectuelles et droit des marchés, serait d'autant plus pertinente qu'elle guiderait la régulation suivant une logique sectorielle respectueuse de la substance matérielle des choses échangées et de leurs usages, au-delà donc des catégories générales et abstraites du droit. C'est dans cette

perspective de « reconcrétisation » du monde marchand produit par la régulation, pour reprendre l'expression de l'auteur, qu'un nouvel équilibre pourrait être trouvé entre le principe de marché, au sens de mécanisme d'incitation à l'innovation, et le principe d'accès aux ressources innovantes. Cette concrétisation ne veut pas dire un gouvernement par les choses suivant un principe d'autorégulation, mais, au contraire, une régulation des marchés pour les modifier ou les construire artificiellement, au nom de l'idée que certains biens doivent durer et profiter au groupe (versus une appropriation et un usage strictement individuel), en particulier au regard de la « considération fondamentale de la vie et de la considération médiata de la science »<sup>2</sup>.

- 8 Loin de s'en remettre à des forces autorégulatrices, mais sans non plus magnifier l'intervention de l'État, misant plutôt sur une régulation distribuée entre les États et les agences de régulation (au niveau national et supranational), Frison-Roche renouvelle une perspective libérale de régulation des marchés par la construction d'un nouvel ordre juridique : « Il s'agit ici de concevoir dans un même système juridique un droit commun des choses dont l'appropriation est fondée sur une relation dans laquelle le propriétaire, isolé du reste du monde, exerce les pleins pouvoirs sur les choses, et un droit spécial des choses dont la propriété est donnée au propriétaire pour l'accès que les tiers auront ainsi aux choses » (p. 26). En se risquant à une comparaison historique, le « droit de la régulation » que l'auteur défend peut être rapporté à la construction de Hobbes dans laquelle le fondement politique de la propriété privée est la liberté individuelle<sup>3</sup>. Mais il s'agit d'un « Léviathan amendé », car, pour les choses vitales, nous dit l'auteur, le fondement de la propriété privée devient le souci du tiers. De façon plus contemporaine, ce « droit de la régulation » s'inscrit dans une perspective critique par rapport au « droit économique » défendu par les traditions continentales, notamment française, et valorisant l'intervention publique dans l'organisation de l'économie<sup>4</sup>.
- 9 Cette perspective normative s'appuie sur une critique du droit de propriété considéré comme un droit individuel absolu. Elle renoue avec une conception romaniste du droit qui met l'accent sur les diverses dimensions de la propriété qui peuvent avoir des attributaires différents. C'est en particulier l'objet du texte d'Alexandra Abello, autre coordinatrice de l'ouvrage, de montrer qu'il y aurait une fonction sociale plus marquée dans le droit de la propriété intellectuelle que dans le droit de propriété plus classique ; et que cette fonction sociale doit être réglée en définissant les objets susceptibles d'appropriation suivant leur utilité et leur usage.

## Le DPI instrumentalisé

- 10 Pour défendre ce « droit de la régulation », Frison-Roche trouve un appui de taille dans la théorie économique des incitations qui considère, dans une perspective purement instrumentaliste, le DPI comme un mécanisme d'incitation. C'est un des arguments développés par J. Tirole dès l'introduction de son texte, dans cet ouvrage, qu'il consacre « aux finalités des propriétés intellectuelles ». Dans un premier temps, l'auteur montre tout l'intérêt de concevoir le brevet en référence à la notion d'infrastructure essentielle. Cette notion a été construite dans le cadre du droit américain de la concurrence pour rendre compte de l'incitation que peut avoir une firme à l'exclusion des autres : « L'exclusion est souvent définie comme un comportement à travers lequel une entreprise en position dominante refuse ou limite l'accès à un input essentiel à des

utilisateurs potentiels, afin d'étendre son pouvoir de marché à partir du segment monopolisé pour obtenir un effet d'exclusion sur le segment complémentaire » (p. 5).

- 11 Suivant une telle conception du brevet, il y a donc une source potentielle de tensions entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence. L'auteur relève d'ailleurs certains arrêts de la Cour européenne de justice dans laquelle la propriété intellectuelle a été remise en cause en assimilant cette dernière à une infrastructure essentielle. Mais pour Tirole certaines décisions sont critiquables car la Cour s'en tient seulement à l'argument du droit sans se prononcer sur le fait, au sens de l'examen précis de l'ensemble des incitations qui pèsent sur les comportements. Il est alors amené à une « approche plus strictement économique de l'articulation entre le brevet et les impératifs économiques » en revendiquant l'instrumentalisme de la théorie économique qui ne voit dans le droit qu'un pur moyen de régulation et de recherche d'un équilibre à trouver entre l'incitation à investir et les distorsions dues au pouvoir de monopole.
- 12 Dans cette perspective, il y a alors un intérêt de traiter (en droit) le brevet en référence à la notion d'infrastructure essentielle, à condition que la délivrance de ce titre de propriété repose sur des investissements (et des risques) substantiels. Pour l'auteur, le droit d'exclusion doit être cependant limité, en particulier dans les cas où il existe un chemin technologique unique (voir l'affaire Lotus contre Borland de 1992). Cette unicité peut résulter de considérations technologiques mais aussi des investissements des utilisateurs comme dans le cas de l'émergence de procédés ou de produits standards. Il faut alors tenir compte des investissements des utilisateurs dans la détermination d'une obligation de partage.
- 13 L'auteur conclut sur l'idée que les cours de justice pourraient être investies d'un rôle de contrôle de validité et du champ d'application de la propriété intellectuelle afin de constituer un contre-pouvoir aux offices de brevet qui ont tendance à délivrer des brevets de mauvaise « qualité ». Par ailleurs, face aux situations bloquantes conférées par le brevet, en particulier du fait des interdépendances technologiques, il faut compter sur la recherche de solutions coopératives par les acteurs eux-mêmes. Ces solutions coopératives, qui émergent des interactions entre les acteurs, sont relevées par J. Tirole et leur analyse est développée par M. Trommetter dans une contribution à cet ouvrage consacrée aux biotechnologies végétales. Il y montre les évolutions à la fois dans les modes d'organisation de la R-D et dans les stratégies de propriété intellectuelle. Face à des brevets extrêmement étendus sur les séquençages de gènes, et les situations de blocage associées, les laboratoires publics mais aussi les entreprises privées ont cherché, notamment aux États-Unis, de nouvelles solutions institutionnelles basées sur la gestion collective des DPI à partir de la création de clubs de gestion de leurs brevets, chacun restant individuellement propriétaire de ses brevets. Une autre solution alternative est la constitution de consortiums de recherche permettant des relations coopératives dans les stades précompétitifs de la recherche et retardant ainsi la prise de brevet.
- 14 Mais les clubs d'échanges de brevets ou les consortiums de recherche posent à leur tour la question de leur conformité, du fait des risques de collusion, avec la législation anti-trust. Et c'est là qu'intervient à nouveau l'économiste pour proposer des modèles permettant de faire émerger des règles optimales économiquement et socialement. Trommetter conclut sur l'idée que le brevet sur le vivant, et surtout ses excès, conduit à une contractualisation du libre accès seule garante de la non-appropriation privative des ressources génétiques et d'un retour à un modèle organisationnel proche du Certificat d'Obtention Végétale.

- 15 En résumé de ces deux contributions, on peut noter que la théorie des incitations constitue un outil extrêmement puissant de modélisation des enjeux des stratégies d'innovation au regard des droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence. Bien que l'équilibre des intérêts dans ces modèles repose sur des hypothèses très strictes (en particulier en matière de rationalité des comportements), les règles optimales qui en émergent sous certaines conditions peuvent servir d'appui aux autorités publiques pour fonder leur jugement au cas par cas et/ou proposer de nouvelles réformes. Le modèle économique devient alors un modèle juridique définissant des normes de comportement à respecter sous certaines conditions. Dans cette perspective qui rejoint les travaux du juge Posner, économie et droit (et politique) ne font plus qu'un au nom de l'efficacité économique. Le juge peut trancher les litiges tout comme le « politique » peut proposer des réformes en toute connaissance de cause, habilitant ainsi le projet de fonder scientifiquement l'ordre juridique.
- 16 L'étude de l'affaire Napster proposée par M. Torre-Schaub met justement bien en évidence la place de l'analyse économique dans le droit américain du copyright<sup>5</sup>. L'auteur conclut dans cette affaire que les juges ont pris le parti des détenteurs du copyright en s'appuyant sur l'argument économique de la perte de marché relativement à l'importance des investissements engagés. L'auteur avance que les juges auraient pu défendre une position inverse en s'appuyant sur un autre argumentaire économique basé sur le bénéfice des consommateurs inhérent à l'ouverture du marché. Par ailleurs, le recours à l'expertise économique est défendu par P. Lièvre et P. Mavroidis dans leur analyse des règlements des différends dans le cadre de l'OMC, afin de parvenir à une application plus efficace du droit. Ce qui passe, en suivant Posner, par le respect de règles de nature procédurale fournissant des assurances quant à la méthodologie fournie par les experts, de la qualité de leur étude et de leur impartialité.

### L'adaptation nécessaire du droit

- 17 Mais au-delà de ce plaidoyer pour un usage plus efficace du droit à grand renfort d'expertise économique, à l'instar du système juridique des États-Unis, la thèse défendue par Frison-Roche vise une refonte complète de l'ordre juridique. À partir de son texte concernant les brevets sur les médicaments et le vivant, elle montre que l'évolution des catégories juridiques en matière de propriété intellectuelle est de plus en plus guidée par une argumentation économique et en particulier la volonté d'inciter à la recherche. Mais, nous dit-elle, cette argumentation valorisant les catégories de « technologie », d'« innovation » et d'« information » devrait avoir pour conséquence de changer le droit des brevets si l'on veut garder la cohérence de l'ensemble de l'édifice juridique. Il faudrait abandonner explicitement la notion classique en droit des brevets « d'invention », entendue comme « une réalisation concrète dans un domaine technique », au lieu de feindre (surtout la directive communautaire de 1998) de s'y référer tout en la rejetant<sup>6</sup>.
- 18 Appliquée au vivant humain, cette nouvelle forme d'abstraction basée sur la notion d'« information » a été critiquée par des juristes en tant qu'elle masque à nouveau l'objet concret (l'humain en l'occurrence) et qu'elle conduit à reléguer le souci éthique. C'est pourquoi, pour l'auteur, une autre direction s'amorce encore, celle de penser concrètement et d'une façon unifiée ces questions à travers le droit de/à la santé. On en trouve des traces dans la loi française sur la bioéthique qui délaisse la distinction entre « découverte » et « invention » au profit de la notion d'« accès à l'information ». L'idée

est de permettre à des autorités légitimes d'accéder à des informations indispensables pour que la recherche se poursuive. La propriété des brevets sur les médicaments est détachée alors du droit de la propriété pour s'insérer dans le droit de la santé. Les possibilités de licences obligatoires vont dans le même sens.

- 19 Plus généralement, la régulation des marchés passe par la recherche d'un équilibre entre le principe de concurrence et tout un ensemble de principes « anti-concurrentiels », notamment la prévention des risques et la permanence des systèmes, cette dernière supposant d'entretenir de façon permanente une capacité d'adaptation et d'innovation.

## Les limites du droit considéré comme un modèle de règles incitatives

- 20 Ce n'est pas l'objet ici de faire des critiques de l'ensemble de ce projet politique libéral de refondation de l'ordre juridique, basé sur une réforme du DPI, tel qu'il est formulé par Frison-Roche. Ce projet n'est pas d'ailleurs complètement explicité et constitue plutôt un nouveau paradigme dont on peut penser qu'il a constitué le port d'attache de la majorité des contributeurs. D'autres contributions sont plus critiques et c'est aussi l'intérêt de cet ouvrage d'ouvrir un espace de débat, dont on peut néanmoins regretter qu'il ne soit pas mieux mis en forme par les coordinatrices<sup>7</sup>. Mais au-delà des critiques des mécanismes de régulation (libérale) de la globalisation économique, il nous semble que ce qui rassemble, à des degrés divers, tous les contributeurs à ce numéro, c'est une certaine conception du droit, et de son rôle dans la régulation des activités économiques, qui transcende les différentes opinions politiques.
- 21 La critique que nous allons développer porte, non seulement, sur la conception du droit comme modèle de règles incitatives, mais aussi, sur un espace du droit réduit à l'État et à ses principaux représentants que sont le législateur, l'Administration et le juge. On peut néanmoins commencer par des critiques internes pour ensuite présenter des critiques plus externes.

### Les critiques internes

- 22 D'une façon générale, la conception du droit qui ressort de la théorie des incitations renvoie à un modèle de règles optimales de comportement (intégrant l'ensemble des incitations) et qui peut être sanctionné en cas de déviance. Notons que les théoriciens des incitations ont bien conscience des limites de leurs modèles et que, par exemple, dans le domaine de la tarification de l'accès à des infrastructures essentielles, plusieurs règles peuvent être en concurrence. Par ailleurs, les juges du droit de la concurrence n'ont pas toujours accès à toutes les données pour le calcul (« optimal ») des redevances. Ce calcul est d'autant plus compliqué dans le cas d'innovation très risquée.
- 23 Une autre limite relève du fait que le modèle de la règle incitative suppose de repérer une intention de « nuire » et en l'occurrence ici pour un acteur économique de rechercher une situation de monopole ou d'oligopole. Mais, il existe des situations plus complexes dans lesquelles la limitation de la concurrence ne peut pas être imputée à un seul acteur mais renvoie à des interactions au sein d'un groupe d'acteurs. Comme le montre le cas de la réglementation des accords de licence (ou des patents pools), le réglage a priori de ces interactions est extrêmement complexe et conduit souvent à un traitement au cas par

cas. Dans la contribution de M. de Rivery et alii, les auteurs montrent que les conditions du nouveau règlement européen (772/2004) de l'exemption par catégorie des accords de transfert de technologie pourraient être difficiles à satisfaire. En effet, en ce qui concerne les technologies innovantes, mais aussi les technologies plus matures et devenues standard, les marchés en cause ont le plus souvent une structure oligopolistique.

- 24 La difficulté de déterminer a priori des règles de droit est soulignée par Frison-Roche qui montre que les nouveaux textes, au moins dans le domaine de la santé et des médicaments, font évoluer le droit vers une version plus concrète et casuistique, l'éloignant ainsi d'un corpus de règles abstraites et générales. Et c'est dans cette perspective qu'elle met l'accent sur la nécessité d'une régulation particulière pour chaque marché afin de mieux intégrer les différents domaines du droit et de réduire les écarts entre les règles générales et les micro-situations, en particulier en bénéficiant des capacités d'expertise des acteurs du domaine d'activité.
- 25 Mais de façon plus fondamentale, l'auteur insiste sur le fait que le droit ne se réduit pas à la réglementation de l'activité économique, mais intègre également des principes éthiques, ce que la perception du droit économique par des non-juristes finit, nous dit-elle, par occulter. Dans cette configuration, la recherche de la seule efficacité économique dans la conception des dispositifs juridiques, en particulier du DPI, est donc limitée par la prise en compte de principes éthiques qui permettent d'assurer des droits fondamentaux aux citoyens, par exemple en matière de santé ou de liberté d'expression.

### Les risques inhérents à l'instrumentalisation du droit

- 26 Même en restant sur le terrain de l'efficacité économique, une autre limite tient à l'instrumentalisation du droit par les acteurs eux-mêmes, à leur usage des ressources juridiques à des fins stratégiques. Plusieurs contributions dans cet ouvrage mettent l'accent sur les dérives du droit du fait de l'agir stratégique des acteurs économiques, en particulier en critiquant le nouveau système des brevets en cours aux États-Unis. Dans son texte consacré aux enjeux de la propriété intellectuelle en matière de développement durable, C. Henry se demande comment l'Europe peut contribuer à la mise en œuvre de l'accord sur les ADPIC en éliminant les dérives d'origine essentiellement nord-américaine. De leur côté, B. Coriat et F. Orsi reviennent sur ces dérives en montrant comment les évolutions parallèles et complémentaires du DPI et de la réglementation financière ont ouvert aux acteurs engagés dans les processus d'innovation des possibilités inédites. Le droit est alors instrumentalisé au service de la « finance », des DPI forts permettant de garantir la qualité du patrimoine technologique des firmes. Mais cette instrumentalisation du DPI a vite trouvé ses limites. D'une part, la croyance en des DPI forts a participé au phénomène de surévaluation financière, à la formation puis à l'explosion d'une bulle spéculative. D'autre part, cela a conduit à élever les enjeux autour des procès en matière de DPI, à surinvestir dans les ressources juridiques si bien qu'au lieu d'être source de sécurité le droit à force d'être instrumentalisé est devenu un facteur d'incertitude.
- 27 Les incertitudes autour de l'affaire Napster, dont le dénouement a été favorable aux titulaires des DPI, peuvent donner également une illustration de ce type de dérive. Celle-ci n'est pas analysée comme telle par M. Torre-Schaub, mais nous lui reprenons ici un élément parmi les différents arguments mobilisés dans l'affaire qu'elle présente avec une grande précision. En effet, un argument mis en avant par les défenseurs de Napster est



que les majors du domaine musical (les demandeurs dans l'affaire) avaient accordé des licences implicites par le fait d'encourager les échanges de fichiers MP3 sur Internet. Un tel argument est intéressant car cela voudrait dire que certains « demandeurs » ont tenté par ces accords implicites de tisser un réseau d'alliances pour limiter la part de Napster sur ce marché émergent qu'ils voulaient contrôler progressivement, puis par une série de fusions-acquisitions y jouer un rôle prédominant. On voit ici la subtilité d'une telle stratégie suivie par les Majors. On ne s'engage pas complètement dans ce nouveau marché potentiel mais on cherche par différents moyens à s'en assurer progressivement le contrôle, quitte à fermer les yeux dans un premier temps sur les opérations de piratage qui sont nécessaires à son développement.

- 28 C'est sans doute parce que les demandeurs (les Majors) ont échoué dans cette tentative de contrôler ce nouveau marché, qu'ils n'ont pas réussi à passer un accord avec Napster à leur avantage, qu'ils ont opté pour la voie du procès en mobilisant le droit du copyright pour usage illégal de musiques protégées et pour leur mise à disposition à des tiers usagers. Ce qui conduit à mettre l'accent sur le déficit de coopération entre les acteurs en matière d'accords de licence, déficit qui peut être imputé à une insuffisance des organisations professionnelles dans le domaine des « industries culturelles ». D'une façon générale, ces organisations permettent de réduire les coûts de transaction en matière d'accords de licence et de limiter les usages trop stratégiques du droit (Brousseau et Bessy, 2006). Car toute codification de nouvelles normes peut être instrumentalisée par les acteurs à leur profit par une série de petits écarts par rapport aux repères formels du droit.

### **La complémentarité entre règles générales et arrangements coopératifs**

- 29 Les effets pervers d'une mesure de régulation ne doivent pas conduire au laisser-faire au nom d'une critique hayékienne d'une conception positiviste du droit<sup>8</sup>. De notre côté, nous gardons une perspective de régulation par la définition de nouvelles règles juridiques en prenant appui sur une conception du droit qui n'instaure pas une coupure si radicale entre le « public » et le « privé » et qui prend au sérieux les prétentions des acteurs « privés » à se préoccuper du bien commun (« public »).
- 30 Le droit ne perd donc pas sa force incitative mais l'idée d'une intervention directe et sanctionnante risque d'effacer le processus de co-construction des règles entre les « macro » et les « micro » acteurs, ces derniers pouvant être aussi à la recherche de solutions coopératives. L'apport de l'analyse économique au droit ne devrait pas se cantonner uniquement à la définition de la règle efficiente mais aussi aux conditions de sa reconnaissance par les acteurs et de son application, de son institutionnalisation. Il faut alors adopter des modèles de négociation faisant la place à des logiques institutionnelles<sup>9</sup>.
- 31 Dans cette perspective, la contribution de T.-L. Tran Wasescha concernant la négociation de l'accord sur les ADPIC en donne, d'une certaine façon, une bonne illustration. Il montre que l'accord constitue plus un cadre d'action propice à la coopération qu'une véritable contrainte. Il faudrait donc distinguer les dispositifs de règles qui n'ont pas d'effet juridique direct, mais qui créent des ressources propres à la coopération, de dispositifs qui régulent des activités déjà existantes et sanctionnées juridiquement en cas de déviance. Dans le cadre de l'émergence de nouvelles activités économiques, liées par

exemple à des interdépendances technologiques fortes, l'institutionnalisation de la règle de droit, au sens de son suivi par les acteurs, va alors dépendre des interactions dynamiques entre l'édiction d'une règle générale et les dispositifs de résolution des problèmes constitués par les micro-acteurs à leur niveau. Il faut alors compter sur toute une série d'apprentissages et de médiations pour assurer cette dynamique et pour que la règle de droit qui émerge progressivement ait un certain effet incitatif, et donc une certaine efficacité économique.

- 32 Et c'est dans cette perspective que des « experts » des domaines d'activité, y compris des professionnels du droit, peuvent jouer un rôle d'intermédiation, plutôt que de réduire uniquement leur rôle à la recherche de la définition d'une règle optimale complètement explicitée. En partant de leur position médiane, ils sont à même de définir des normes plus ou moins explicites liant objectifs organisationnels/professionnels et encadrement juridique et de trouver les bons arbitrages en cas de litige. Le risque est que leur activité conduise à une judiciarisation croissante des rapports économiques et à des dérives contre-productives, à l'instar du système de DPI en cours aux États-Unis.
- 33 En conclusion, nous voudrions revenir sur la prise en compte de principes éthiques ou de droits individuels fondamentaux, rappelée par Frison-Roche, dans la conception des dispositifs juridiques ou dans l'intervention d'une autorité de régulation ou du juge. En effet, la théorie des incitations constitue un outil extrêmement puissant capable d'endogénéiser des objectifs de différentes natures, y compris le respect de certaines valeurs ou principes éthiques. Or, si l'on veut ménager une certaine spécificité à l'argumentation juridique, au jugement de droit, il faut bien considérer certains éléments d'argumentation qui échappe au calcul économique, à la preuve scientifique, car le droit poursuit des fins qui peuvent être contradictoires, arbitre entre des règles de nature différente et dont on ne peut pas évaluer économiquement toutes les conséquences à partir de critères parfaitement stipulés et explicités. Toute la difficulté de Frison-Roche est de vouloir articuler différentes fins du droit mais sans prendre la véritable mesure de leur caractère contradictoire, la visée de la justice ne pouvant pas être complètement subordonnée à la recherche de l'efficacité économique. De même, cette dernière peut être incompatible avec une véritable philosophie individualiste du droit défendant les libertés individuelles, telle que la défend Hayek (Seurot, 1986). Mais, l'articulation de différentes fins du droit, équilibrant l'individuel et le collectif, est sans doute le prix à payer si l'on veut proposer un véritable projet politique de réforme de plusieurs corpus juridiques (propriété intellectuelle, concurrence, santé,...), au lieu de masquer la dimension normative sous l'appareillage scientifique de « lois positives ».

---

## BIBLIOGRAPHIE

BROUSSEAU E., BESSY C., 2006, « The Governance of Intellectual Property Rights : Patents and Copyrights in France and in the United-States », in « Intellectual Property Rights : Innovation, Governance and the Institutional Environment », B. Andersen ed., Londres, E. Edgar.

MERCURO N., MEDEMA S.G., 1997, « Economics and the Law - From Posner to Post-Modernism », Princeton : Princeton University Press.

SEUROT F., « La théorie économique de la responsabilité et le positivisme juridique », *Droits*, n° 4, pp. 137-147.

KIRAT T., 1998, « Économie et droit, de l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? », *Revue Économique*, vol. 49, n° 4, pp. 1057-1087.

VILLEY M., 2003, « La formation de la pensée juridique moderne », Paris, PUF.

## NOTES

1. Pour un auteur comme F. Seurot (1986), cette approche « institutionnaliste » du droit est différente d'une approche « individualiste » du droit qui valorise l'épanouissement de l'individu, ou encore d'une doctrine « idéaliste » qui assigne au droit une visée systématique de justice.
2. On peut trouver une bonne illustration dans la contribution de R. Nelson dans laquelle il montre l'importance de protéger le « bien commun » de la science, face à sa privatisation en cours aux États-Unis. En particulier, l'auteur fait des propositions visant à limiter la protection conférée par le brevet et met l'accent sur les conséquences néfastes du Bayh-Dole Act sur le fonctionnement des universités.
3. Un philosophe du droit comme M. Villey (2003) voit dans Hobbes le fondateur du positivisme juridique et un prophète de l'économie libérale dans laquelle le droit civil peut se reposer sur la protection de l'État. L'efficacité de la loi positive (positif au sens de certain, car ne pouvant pas être remis en cause par les juges au nom de la justice) est d'assurer la sécurité juridique qui va de pair avec le jeu du marché, la liberté d'entreprendre et d'échanger à sa guise.
4. Sur les différences entre les traditions américaines et continentales, en particulier en matière de droit de la concurrence, voir T. Kirat (1998).
5. Rappelons que l'affaire Napster s'inscrit dans l'émergence de nouveaux modes d'accès et de distribution d'œuvres artistiques permis par le téléchargement de fichiers numérisés. Cette société créée en 1999 a été obligée d'arrêter son activité de développement de logiciels en 2002 suite au procès intenté par les Majors du domaine musical.
6. Pour une analyse très rigoureuse de la notion « d'invention » en droit des brevets, voir la contribution à cet ouvrage de J. Schmidt Szalewski.
7. À titre d'illustration, on peut donner l'exemple de la critique du principe de concurrence formulée par T. Sueur et J. Combeau dans leur texte consacré à l'avenir du système de brevet en Europe. En particulier, ils critiquent la politique de l'UE trop orientée vers la défense de la concurrence, ce qui peut conduire à des licences obligatoires tous azimuts. Une autre perspective critique est poursuivie par la contribution de Ramani et al. dans laquelle les auteurs analysent les conséquences (parfois désastreuses) de l'Accord sur les ADPIC (Accord sur les aspects des DPI qui touchent au Commerce) dans le secteur des biotechnologies en Inde.
8. F. von Hayek critique le positivisme juridique car ce dernier considère toutes les règles de justice comme le produit d'une invention délibérée à partir d'une parfaite intelligence des phénomènes sociaux. Il défend un « individualisme juridique » selon lequel le droit doit garantir la liberté individuelle. L'intérêt dit social qui échappe à toute construction rationaliste est alors subordonné à l'intérêt individuel. Sur ce point, voir F. Seurot (1986).
9. C'est un argument que l'on retrouve initialement chez J.-R. Commons et, de façon plus contemporaine, dans l'approche institutionnaliste de la « Law and Economics » qui critique l'approche défendue par l'École de Chicago et en particulier par R. Posner. La règle de droit n'est

pas seulement une contrainte mais aussi un cadre permettant l'action mutuelle. Sur ce point, voir Mercurio et Medema (1997) ?