

Droit de propriété, concurrence et innovation

*Texte de la conférence de M. Pierre Tabatoni au colloque de l'ASMEP
« Evolution du droit de propriété et entreprise patrimoniale »
organisé le jeudi 5 juin 2003
à la Fondation Singer-Polignac*

Comme l'a rappelé le président Yvon Gattaz, la propriété privée permet l'exercice d'une *stratégie autonome*. C'est sous cet angle que je parlerai du droit de propriété. Le terme « innovation » est pris au sens classique d'application d'inventions technologiques, ou de nouveaux modes de penser, à la *mise sur le marché* de produits nouveaux, de procédés nouveaux, de nouveaux modèles de gestion.

De nos jours, plus que jamais, ces innovations dépendent des « connaissances » et de la transmission du savoir, tout au long de la chaîne de valeur ; c'est de *concurrence par l'innovation* qu'il s'agit, dont l'effet est de réduire la « durée de vie » des produits nouveaux, et de diffuser plus rapidement et généralement les innovations.

Joseph Schumpeter, il y a presque un siècle, et bien d'autres après, ont souligné son caractère de *destruction créatrice*. Dans son récent livre, William Baumol nous explique que l'efficacité de la « machine capitaliste », source de taux de croissance inégalés, est entièrement fondée sur le jeu de la concurrence dans des marchés d'oligopoles, et grâce à ses activités de recherche-développement dont l'organisation est devenue une « routine », dit l'auteur.

L'interaction entre activités de rationalisation (baisse des coûts) d'innovation, et de préservation (du potentiel de développement à long terme de l'entreprise), est l'objet de soins particuliers dans l'entreprise patrimoniale, soucieuse de longue durée. Il est admis que l'innovation est favorisée par un « capital social », qui permet l'engagement dans un effort soutenu d'innovation, en améliorant la communication et les relations d'interaction et de confiance. Il réduit les coûts de transaction et de coordination.

L'entreprise patrimoniale est innovante et ne peut pas ne pas l'être

Il y a quelques semaines, j'ai eu le plaisir d'assister à la journée de l'ASMEP, où quelques entreprises patrimoniales ont présenté leurs passionnantes innovations, qui confirmaient l'argument d'Yvon Gattaz, dans son livre : les entreprises patrimoniales sont innovantes, et ne peuvent pas ne pas l'être.

Dans les grandes entreprises, une bonne part des activités de recherche-développement sert à améliorer des produits existants, sauf, évidemment, découverte majeure permise par l'importance des

ressources de recherche. Mais l'entreprise moyenne doit en créer de nouveaux, pour s'établir dans une « niche » profitable, en concentrant des ressources réduites sur certains créneaux. En outre, il est devenu fréquent qu'elle s'associe à un groupe d'entreprises, afin de partager les efforts et risques de recherche, et à des universités, et autres centres de recherche .

Les entreprises patrimoniales sont très bien représentées dans l'histoire de la révolution industrielle, car c'est avec leurs capitaux propres que de nombreuses innovations ont démarré. Récemment, on se souvient de l'aventure des *start-ups*, petites firmes patrimoniales aux Etats-Unis et en Europe, dans les années 1990, et de leur rôle déterminant dans le développement des innovations dans l'informatique, les services-Internet, la biotechnologie. Nombre d'entre elles ont été éliminées par la crise de 2000, et souvent rachetées par de plus grandes. D'autres ont prodigieusement prospéré, comme Microsoft, créé par deux étudiants, devenu, en 2002, le n° 1 des 500 premières entreprises du monde.

En France la liste des succès mondiaux de nos EP est substantielle. *Radiall*, par exemple, créée en 1952 par Yvon et Lucien Gattaz, est aujourd'hui au second rang pour ses connecteurs électroniques, et au premier pour certains des plus sophistiqués. Les *Laboratoires Servier* sont à des records internationaux, en investissent 20% de leur chiffre d'affaires en recherche-développement. Le carrossier *Henliez* dispose aujourd'hui de plusieurs brevets sur la voiture électrique. Grâce à sa gestion innovante, *Sodexo*, d'abord une firme marseillaise prospère, est devenue, en cinquante ans, le premier mondial de la restauration collective, etc.

Innovation suppose *concurrence et risque*, donc droit de propriété privée pour l'assumer. Ce droit réduit l'incertitude et incite à l'innovation pour trois raisons : 1 -les exigences de rentabilité pour rémunérer les capitaux propres ; 2- l'esprit d'entreprise et la préservation du patrimoine à long terme 3- la sanction des capitaux propres au cas d'erreur stratégique ou de malchance.

Dans une économie dynamique, propriété, autonomie, risques et profits sont solidaires.

Dès 1280, un moine franciscain de Béziers, Jean d'Olivi, avait, dans son «Traité sur le Commerce», le premier du genre, en latin, contesté les interdictions du taux d'intérêt par l'Eglise. Il le distinguait du profit, qu'il considérait comme légitime, puisqu'il récompense des risques courus. Il voulait sauver les âmes de cette active communauté des marchands-propriétaires de Béziers, qui s'enrichissaient à la « grosse aventure ». Esprit avancé, il faillit être brûlé comme ses frères «spiritualistes». Aujourd'hui, vous membres de l'ASMEP, êtes ses héritiers.

Droit de propriété et innovation sont ainsi dans une relation dialectique : la propriété, sous la pression de la concurrence, pousse à l'innovation, qui l'enrichit en contestant son usage. Mais, conservatrice par nature, elle peut inciter à des activités «rentières» et freiner l'innovation. Après la guerre, James Burnham, dans son livre «L'Ere des Organismes» avait opposé les managers, innovateurs, aux capitalistes, conservateurs. De nos jours ce sont les capitalistes, qui, supportant les risques, sanctionnent la conduite et les résultats de leurs managers. En outre les innovations financières qui ont eu objet de gérer le rendement-risque des investissements, ont remis les propriétaires en première ligne, et soumis l'entreprise à la discipline d'accroissement de la «richesse nette».

Certains économistes ont estimé qu'un rythme d'innovation accéléré, financé par la bourse, peut développer les actions frauduleuses. Ils invoquent les immoralités observées dans les phases de forte croissance de l'économie capitaliste, à la fin du 19^{ème} siècle, dans les années vingt, et, on le sait, en 1995-2000, où des dirigeants-managers aux abois, ou dominés par leur passions, ou simplement intéressés par des «options», ont scandaleusement manipulé les bénéficiaires en vue de soutenir la hausse boursière. Si une innovation peut poser des problèmes moraux, l'immoralité n' a pas

de liens avec la créativité. C'est le procès de tous les agents, dans l'entreprise et dans son environnement, qui ont fait preuve d'immoralité qu'il faut faire, et pas celui de l'innovation. Cependant on a observé que, dans une phase où l'incertitude sur les marchés est accrue par l'innovation, l'analyse des performances et des perspectives devient plus complexe, et les règles établies de comptabilité et d'audit plus incertaines

Les effets de l'innovation sur l'étendue du droit de propriété.

En 1791, la fameuse Loi Le Chapelier a introduit une novation fondamentale dans l'initiative économique en décrétant : je cite, « qu'il sera libre à tout citoyen de faire tel commerce, d'exercer telle profession, art ou métier, qu'il trouvera bon ». Propriété et liberté d'entreprise sont ainsi devenues les vecteurs indissociables de l'industrialisation. Plus tard, en Europe, l'étendue de ce droit a été maintes fois modifiée, par des réglementations, nationalisations, déréglementations, privatisations, incitations publiques, qui ont souvent invoqué, comme objectif, celui de promouvoir l'innovation, et de mieux en gérer les risques.

En Europe continentale, l'encadrement des décisions est traditionnellement institutionnel, par la loi et les réglementations. Les anglo-saxons, toujours méfiants à l'égard de l'Etat, préfèrent « l'auto-régulation », par les entreprises elles-mêmes, ou par leurs organismes professionnels, et compte tenu des normes sociales et des réactions de l'opinion publique .

De nos jours, les remarquables innovations dans les systèmes d'information, qui affectent toute l'économie, ont provoqué des innovations juridiques, comme le « droit de l'Internet », du commerce électronique, de la vie privée, des biotechnologies, de l'environnement, etc.. ..

Le traitement des « données personnelles », qui exprime les libertés de la « vie privée », est spécialement intéressant, car il concerne les droits de la personne, mais il a aussi une dimension patrimoniale. En effet, depuis une trentaine d'années, les entreprises, dotées de systèmes d'information très efficaces, ont entendu collecter et analyser librement les informations sur le comportement de leurs clients et employés, afin développer leurs stratégies de marché. Elles les voyaient comme part de leur propriété, les recueillaient et les traitaient discrètement, les négociaient sur des « marchés d'information », les intégraient dans l'actif des entreprises fusionnées ou vendues.

Face aux réactions de l'opinion éclairée, les juristes ont trouvé des compromis, entre le respect de la vie privée, et les exigences du commerce, et se sont efforcés de prendre en compte l'évolution rapide des techniques d'information. Leurs solutions ont été différentes en Europe et aux Etats-Unis.

Un domaine connexe est la « sécurité » des informations, face aux intrusions et manipulations que permettent l'électronique et la « numérisation » des données, intrusions qui compromettent le développement des transactions et du commerce électroniques. Les usagers pensent qu'ils ont droit non seulement au secret mais aussi à la sécurité de leurs communications, et que des innovations s'imposent. D'autre part, à la suite de l'attentat terroriste de 2001, l'Etat a dû exiger un contrôle accru des communications privées, comme par exemple, aux Etats-Unis, le « Patriot Act » et plus récemment le « Total Information Awareness Initiative ».

Dans un autre cas, la technologie a littéralement *contourné* le droit de propriété. Par exemple la société Napster avait fourni aux consommateurs le moyen de se communiquer entre eux, gratuitement, sur leur ordinateurs, toute production audiovisuelle numérisée, musique, jeux, etc. La justice y a mis bon ordre, car le droit d'auteur était éliminé. Mais d'autres formules équivalentes ont été trouvées, qui préoccupent beaucoup les auteurs et les commerçants de l'audio-visuel, précisément dans la perspective d'interconnexion des ordinateurs par des techniques de radio sans fil.

Un autre exemple de réduction du champ de la propriété est celui des *logiciels*. Les créateurs de l'Internet ont voulu soustraire les réseaux de communication électronique à la propriété privée, et

en faire un espace universellement libre. Pour ses propres motifs idéologiques, le créateur Torvalds du fameux logiciel LINUX, vers 1995, a formellement exclu la propriété privée du programme, qui est mis gratuitement à la disposition de tous, avec ses «sources», c'est à dire ses codes de base. Ses utilisateurs constituent ainsi une «communauté d'usage», ouverte, où chacun peut adapter le logiciel à ses besoins propres, et innover au profit de tous. L'idée que les «sources» des logiciels de grand usage ne doivent pas être dans la propriété privée, progresse; plusieurs firmes la mettent en oeuvre.

Plus généralement encore, les risques technologiques majeurs ont conduit à délimiter plus strictement le champ de la propriété. Par exemple, les doctrines du *développement durable*, de la *responsabilité sociale des entreprises*, et du «principe de précaution», viennent limiter les stratégies innovatrices. Récemment quelques grandes firmes pharmaceutiques mondiales ont du accepter, sous la pression sociale, politique et médiatique, de vendre des médicaments à bas prix aux pays pauvres, en ignorant leurs brevets; on en a parlé au Sommet des Huit il y a quelques jours.

L'appropriation de l'innovation

Afin d'inciter les entreprises à innover, diverses formes d'appropriation accordent aux innovateurs des avantages qui accroissent les perspectives de rentabilité. Ce sont des avantages monopolistiques d'appropriation, directs ou indirects, qui limitent l'entrée de concurrents sur le marché, et réduisent l'incertitude de l'innovation. La formule la plus classique est évidemment celle *des brevets, licences, droits d'auteur, marques de fabrique*, qui accordent, formellement, des monopoles de durée limitée aux inventeurs. Encore faut-il pouvoir gérer rationnellement ces droits, car ils sont partie du patrimoine, et aussi les défendre juridiquement. C'est une charge coûteuse et un facteur d'incertitude pour les entreprises moyennes. En outre l'internationalisation des activités suppose une harmonisation des droits nationaux des brevets, qui soulève des difficultés (Accords internationaux, «brevet européen»..).

Bien d'autres formules de management de l'innovation sont pratiquées. Par exemple les stratégies de défense du *secret*, et notamment le contrôle des risques d'«intrusion» dans les systèmes d'information, que les nouvelles technologies ont si fortement facilités, et qu'il n'est pas facile d'éviter. On pense aussi à toutes les méthodes commerciales de *fidélisation de la clientèle*. La *conquête d'une place de leader* sur le marché, implique normalement des fortes dépenses d'investissement et de mercatique qui peuvent difficilement être réalisées par des concurrents potentiels, sauf s'ils offrent sur le marché des innovations très significatives. Une firme innovante peut aussi acquérir le contrôle des *produits complémentaires* au nouveau produit, ou des ressources indispensables qui sont des *goulets d'étranglement* de la production. Elle peut réduire la concurrence par des *accords de coopération* avec des concurrents, qui comportent des formules de contrôle et d'échanges d'informations technologiques très diverses.

On nous annonce une révolution des systèmes d'information par l'extension des interactions sans fil, par radio. Sans parler du contrôle des fréquences radio par l'Etat, qui est normal, les grands utilisateurs, comme les sociétés de télévision et de téléphone cellulaire disposent, sinon en propriété, du moins en droit d'usage réservé, d'une gamme de fréquences, dont une partie est revendiquée par de nouvelles entreprises qui voudraient les utiliser pour proposer toutes sortes de services nouveaux aux consommateurs.

Dans le droit de la propriété intellectuelle et industrielle, les logiciels informatiques ne peuvent pas être brevetés. Ils relèvent des «droit d'auteur» et du *copyright*, dont la protection est moins efficace. Mais comme les logiciels sont souvent intégrés dans les produits nouveaux, il a bien fallu les inclure dans les brevets. Le même problème se pose pour les nouveaux modèles de gestion des entreprises, qui ne sont pas brevetables.

Appropriation, protection de la concurrence, diffusion des innovations

Dans une période de fortes innovations, il y a souvent conflit entre ces méthodes d'appropriation, le droit de la concurrence, et la diffusion des innovations. Toutes les méthodes d'appropriation de l'innovation posent par définition un problème de concurrence et de diffusion.

Nous avons déjà cité le problème de l'affectation bureaucratique des fréquences-radio, accusée de favoriser certains bénéficiaires, et de faire obstacle à des innovations dans les services « numériques ». C'est un problème de gestion du « numérique », posé aux juristes et aux managers. Dans le même esprit d'innovation, l'industrie souhaiterait des politiques publiques plus engagées et plus efficaces pour étendre rapidement l'accès des usagers aux « larges bandes » qui conditionnent le développement rapide du commerce « en ligne ».

En matière de propriété intellectuelle, les brevets approprient certes l'innovation et leur compatibilité avec le droit de la concurrence est un domaine très riche et actif du droit. En droit européen, par exemple l'application des règles de concurrence comporte une évaluation préalable de ses effets sur la productivité, l'innovation, l'intérêt des consommateurs du marché unique. Des « exemptions » à ce droit de la concurrence sont prévues, mais elles ne sont pas applicables à des pratiques fréquentes, comme les « licences croisées », les « pools » de brevets, ou des accords de coopération-recherche. Aux Etats-Unis le juge anti-trust a condamné Microsoft à livrer à ses concurrents les sources, c'est-à-dire les codes de base de ses logiciels propriétaires Windows ; c'est une sérieuse brèche dans sa propriété ; mais ce peut être aussi, on l'a dit, une pratique stratégique.

En résumé, la jurisprudence des brevets, marques, droits d'auteurs, est devenue très complexe et diverse selon les pays, faute d'un instrument international adéquat. Certaines législations tentent à protéger plutôt le détenteur de brevets afin de favoriser la diffusion de l'innovation, d'autres protègent le propriétaire du brevet. Paradoxalement, les Etats-Unis et la Grande Bretagne, dans leurs lois et leur jurisprudence, sont plus favorables à la protection des brevets, considérés comme encourageant à l'innovation, alors que les européens et l'Union Européenne, sont moins positifs, et se préoccupent plus de ses effets sur la diffusion de l'innovation. Partout les textes et les jurisprudences évoluent vite, et l'incertitude sur le droit de propriété s'accroît.

Mais grâce au système des licences, la détention de brevets n'est pas nécessairement un obstacle à la diffusion des innovations. L'innovateur peut les vendre à un prix qui lui rapporte plus qu'une exploitation directe, ou les échanger contre d'autres licences. Les utilisateurs de licences se considérant comme plus performants que les titulaires de brevets, acceptent de payer des prix élevés, car ils évitent ainsi de courir les risques et les coûts d'une innovation à titre principal. La cession de licences est donc un élément de la rentabilité du breveté, qui peut être importante. Elle permet aux « licenciés » d'améliorer le produit, ce qui, en retour, incite le « breveté » à poursuivre ses investissements d'innovation. De plus, comme délai d'application sur le marché d'une licence est de 1 ou 2 ans, ou plus, le breveté peut jouir en attendant de l'avantage monopolistique de sa propriété.

Ainsi, les innovateurs brevetés ont, collectivement, intérêt à une diffusion rapide des innovations par licences. Depuis un siècle, le délai entre une innovation et sa diffusion par des produits concurrents est tombé de 32,75 ans à près de 3,5 ans.

Activités en « réseaux »

Un réseau est un système de liaisons décentralisées et interactives entre des instruments (ordinateurs, logiciels, appareils à information numérisée, ..) des organisations, ou des agents, qui communiquent entre eux. La révolution des systèmes d'information dans les trente dernières années, et la place croissante prise par les actifs incorporels, ont considérablement accru les possibilités et les

opportunités de développer des réseaux. L'«économie des réseaux» modifie les stratégies des entreprises, favorisant des formules de co-propriété, de co-utilisation, de partenariat.

Si l'«effet de réseau» peut inciter les entreprises à des stratégies d'appropriation d'innovations, par exemple acquérir la première place sur le marché, il peut aussi les inciter à réduire le champ de leur appropriation, et à pratiquer d'autres stratégies de concurrence. Ainsi, dans l'histoire de l'industrialisation, plusieurs secteurs innovateurs, (chemin de fer, électricité, biens de consommation durables..) qui imposèrent d'abord leurs «standards-propriétaires», ont compris qu'ils avaient aussi intérêt à accroître le réseau commun des usagers, dans l'intérêt commun, grâce à des «standards» communs de production et d'usage. Les usagers, et les marchés ont d'ailleurs fait pression dans ce sens.

C'est ce qui se produit aujourd'hui dans l'industrie des logiciels. Plusieurs sociétés de service informatique renoncent à leur «standards-propriétaires», comme l'ont fait les créateurs du réseau Internet, ou LINUX. Les «standards» sont communiqués gratuitement aux concurrents, dans le seul but d'accroître l'«interopérabilité» entre les divers systèmes, et d'agrandir le réseau. La concurrence porte sur la nature des services à valeur ajoutée spécifiques, et sur leurs prix. Un nombre croissant d'entreprises offrent gratuitement des logiciels aux usagers, sur l'Internet. Certains leur offrent la possibilité de payer ces services informatiques, par exemple des services de calcul ou de gestion, en fonction du taux d'utilisation, comme de l'électricité ou de l'eau.

Sur un plan plus général, les avantages du réseau poussent aussi les entreprises à coopérer de manière interactive, avec des concurrents. Dans une économie spécialisée, compétitive, globalisée, interdépendante, les stratégies de viennent plus complexes, y compris dans les entreprises patrimoniales. La «spécificité des actifs», est accrue, comme l'«asymétrie d'informations» entre agents, et aussi l'incertitude sur les comportements concurrentiels d'agents nombreux et divers.

Les entreprises sont amenées à se concentrer sur certaines activités, (le «cœur») et à se procurer à l'extérieur les ressources par coopération, avec des firmes plus grandes, ou plus petites, et avec divers organismes scientifiques. Un réseau d'entreprises est un ensemble d'accords, ou d'ententes, assez souples, entre des partenaires, qui laissent à chacun une certaine autonomie stratégique, leur permettant des innovations spécifiques. Mais leurs stratégies deviennent interdépendantes, c'est à dire contraintes par l'interactivité avec les stratégies des autres, et par une stratégie d'ensemble.

Comme l'enseigne l'*économie institutionnelle*, les «coûts de transaction» ont été accrus par la complexité et la spécialisation accrues de l'économie. Les innovations dans les systèmes d'information ont contribué à les réduire, mais surtout dans les activités bien standardisées. Si l'on compare l'efficacité des modes d'information et de coordination dans l'activité économique, il apparaît, qu'en situation d'incertitude et de spécialisation, le «réseau» permet une spécialisation plus approfondie qu'une «organisation hiérarchisée» (par des politiques, des règles, des contrôles). Ses «coûts de transaction» sont plus faibles que ceux du «marché» qui opère par les mécanismes de prix, et ses «coûts de coordination» sont inférieurs à ceux de la hiérarchie.

Le réseau, où l'exercice de la propriété est interactif, est donc particulièrement favorable à l'innovation.

En conclusion, ces exemples, ont, je l'espère, illustré le fait que le capitalisme «recombine» naturellement l'étendue et l'exercice du droit de propriété avec l'innovation et la concurrence. Les entreprises patrimoniales ont, sans doute, plus de flexibilité pour tirer avantage des nouveaux contextes.