

Principes économiques du traitement des contentieux

Claude CRAMPES
Professeur à l'École d'Économie de Toulouse (TSE, UT1)

L'analyse économique des contentieux est basée sur la théorie des contrats, donc sur les principes de la théorie des jeux. Il s'agit de comprendre, prédire et éventuellement améliorer les conditions dans lesquelles un petit nombre d'agents rationnels (souvent deux) ayant des intérêts partiellement convergents parviennent à un accord de création et de partage de surplus et comment ils se comportent face à des événements ou à des comportements non prévus. Cet accord, appelé équilibre par les économistes et contrat par les juristes, est presque toujours un objet complexe. L'analyse réductrice qu'en fait l'économiste au travers de modèles de comportement stratégique a pour objectif d'en souligner certains aspects particuliers, notamment le partage des risques ou les incitations aux investissements spécifiques. Les paragraphes qui suivent ne sauraient donc rendre compte de tout le corpus de connaissance sur le sujet¹. Il s'agit simplement de donner un aperçu de la manière dont les économistes interprètent les contentieux (Section 1) puis d'aborder le thème plus complexe du traitement des contentieux en matière de brevets (Section 2).

1. Pour une bonne introduction, voir SALANIÉ, *Théorie des contrats*, Economica, 1994.

Section 1

ASPECTS ÉCONOMIQUES DU CONTENTIEUX

Toute opération économique peut être interprétée comme un contrat explicite ou implicite donnant lieu à la livraison d'une marchandise ou à la prestation d'un service dans des conditions librement acceptées par les parties. Les parties peuvent être des individus, des groupes privés, des autorités publiques. Les conditions portent sur l'objet du contrat (nature, volume, qualité, date, point de livraison, états de la nature, etc.) et ses contreparties financières ou non (conditions de paiements, octroi de droits, etc.).

Le contentieux naît

- i) quand une partie au contrat considère que les conditions d'exécution ne correspondent pas à ce qu'elle en attendait ;
- ii) quand une tierce partie estime que ses droits acquis lors de contrats antérieurs sont lésés par le nouveau contrat. On peut faire entrer dans cette catégorie les contestations par une autorité publique de contrats qui lèsent les intérêts d'agents qu'elle représente, par exemple les poursuites pour abus de position dominante lancées par le Conseil de la concurrence.

§1. – Pourquoi naît-il des contentieux ?

Dans le cas *i*) parce que les contractants font des erreurs ou se comportent stratégiquement en profitant des lacunes ou des imprécisions du contrat lors de son exécution. Dans le cas *ii*) parce que les parties au contrat n'ont pas internalisé l'ensemble des intérêts des agents économiques réellement ou prétendument concernés par l'exécution. La microéconomie moderne considère que tout agent a un comportement stratégique. Par conséquent, les conditions d'émergence de contentieux sont essentiellement de deux types : information insuffisante sur l'ensemble des états de la nature présents et futurs et coûts de transaction. Il faudrait y ajouter le manque de rationalité des agents économiques mais la théorie économique est basée sur des axiomes très restrictifs de rationalité. La combinaison des coûts de transaction et des lacunes informationnelles explique pourquoi il est impossible de rédiger des contrats complets, mais aussi pourquoi le droit est, par nature, incomplet. Il existe une importante littérature économique sur l'incomplétude des contrats². En revanche, l'incomplétude du droit, c'est-à-dire l'impossibilité de rédiger *ex ante* des règles de droit spécifiant la totalité des conditions dans lesquelles elles sont susceptibles de s'appliquer, a jusqu'ici moins retenu l'attention des économistes³.

Puisque les contrats sont incomplets, ils donneront nécessairement naissance à des différends. Le contentieux et son traitement sont donc des éléments essen-

2. Voir par exemple TIROLE, « Incomplete contracts : where do we stand? », *Econometrica*, vol. 67, n° 4, 741-81, 1999.

3. Pour une introduction, voir OBIDZINSKI, *Économie d'un droit flexible*, Thèse Nancy, 2006.

tiels de l'environnement contractuel. Dans les travaux d'économie positive, ils constituent un ensemble de données exogènes qui contraignent le calcul des agents. Par exemple, en fonction du degré d'insécurité juridique prévalant dans différents pays, on verra les agents recourir plus ou moins volontiers à des contrats formalisés et à des arbitrages par voie officielle en cas de conflit. En complément de ces recherches, l'économie normative des contrats et des conditions de rupture édicte des règles d'efficience pour les législateurs, par exemple pour le calcul des indemnisations.

§2. – La résolution d'un contentieux

Elle peut s'analyser comme la recherche d'un équilibre dans un jeu où :

- soit il y a deux agents (les parties au contrat) et éventuellement un arbitre « neutre » qui aide les parties à converger vers un équilibre de Nash, c'est-à-dire une situation où aucune partie ne regrette son choix étant donné le choix de l'autre : c'est la négociation, ou résolution extra-judiciaire des conflits ;
- soit il y a trois agents (les parties + la collectivité représentée par le juge qui applique le droit écrit ou la jurisprudence, ou écrit le droit) : c'est le procès, ou résolution judiciaire des conflits.

Sous l'angle économique, le traitement du contentieux consiste en fait à rédiger un nouveau contrat dans lequel la chose est la résolution consentie ou imposée du litige et le prix est la compensation consentie ou imposée des dommages infligés par la non-exécution du contrat initial. L'avantage pour chaque partie de recourir à l'une ou l'autre voie dépend de nombreux éléments⁴. On peut citer en particulier :

- i) le degré d'observabilité et de vérifiabilité des actions. L'action d'une partie au contrat peut être observable par l'autre partie sans pour autant être vérifiable par un tiers, notamment par un juge. Établir des preuves, obtenir des rapports d'huissier sont des actions coûteuses et la partie lésée peut préférer un accord amiable hors tribunal ;
- ii) la capacité des parties à faire exécuter l'accord ou le jugement. Le contrôle légal de la procédure de résolution peut exiger un formalisme rédhibitoire, beaucoup trop coûteux pour que la partie bénéficiaire ait intérêt à en demander l'exécution. En revanche, la partie lésée peut compter sur la force publique pour l'aider à être rétablie dans ses droits, alors que l'application des conclusions de la négociation passe par la bonne volonté des parties, et repose en partie sur le souci d'acquiescer à cette occasion une réputation de crédibilité ;
- iii) la perte de valeur de la chose en raison de la durée des procédures. Certains litiges perdent tout intérêt s'ils ne sont pas réglés très rapidement, soit parce que les procédés techniques deviennent obsolètes, soit parce que la marchandise concernée ne peut se conserver. Il faut aussi compter avec les effets

4. Pour une analyse formelle dans le cas des brevets d'invention, voir CRAMPES et LANGINIER, « Litigation and Settlement in Patent Infringement Cases », *Rand Journal of Economics*, vol. 33, n° 2, Summer, 258-273, 2002.

de réputation qui peuvent se révéler dommageables dans l'opinion publique ou dans la population des fournisseurs, clients, partenaires et concurrents pour un agent économique trop procédurier. Pour ces raisons, la voie judiciaire de résolution des conflits est souvent jugée trop longue et incertaine;

- iv) l'expertise des représentants des parties. Ester en justice ne requiert pas les mêmes compétences ni les mêmes ressources que négocier à l'abri des regards. Certains secteurs économiques (notamment quand sont traitées des opérations touchant à la sécurité énergétique et à la défense nationale) possèdent des spécialistes de la négociation occulte peu respectueux des règles de droit;
- v) l'insécurité juridique liée au degré d'incomplétude du droit. Cette dimension du problème varie beaucoup selon les pays et la validité des droits de propriété accordés.

Dans certains domaines, notamment le droit de la concurrence, le droit boursier, le droit social, les sûretés, ou encore la propriété intellectuelle, le règlement judiciaire des contentieux passe par des instances et des procédures particulières. Cette singularité peut partiellement s'expliquer par le besoin de juges experts dans des domaines présentant des spécificités techniques. Cette spécialisation présente les mêmes avantages et les mêmes inconvénients que la régulation sectorielle (l'ARCEP pour les télécoms, la CRE pour l'énergie, etc.) : les décisions sont mieux fondées que si elles étaient prises par des juges « généralistes », mais les risques de capture sont accrus.

§3. – Indemnisation

Dans le « contrat de résolution du contentieux », la partie plaignante se voit compensée de deux façons : commercialement par un changement dans le comportement de l'autre partie et financièrement par le versement d'indemnités. Le calcul des indemnités par la voie judiciaire est généralement rétrospectif alors que l'efficacité commanderait une approche prospective. Le calcul rétrospectif peut cependant se justifier en termes de signal envoyé à l'ensemble des agents susceptibles de contracter dans le futur. Il est plus facile à réaliser et il est généralement basé sur des données comptables existantes et non sur des prévisions.

De façon générale, on sait qu'il n'existe pas de règle de calcul des indemnités pouvant se substituer parfaitement aux clauses contingentes d'un contrat efficient. Par exemple, Rogerson (1984) analyse un contrat dans lequel l'une des parties doit engager des dépenses spécifiques à l'opération avant l'échange. Il est prévu que les parties peuvent renégocier s'il y a rupture et elles forment des prévisions sur ce que sera le résultat de ces négociations. Si le contrat ne prévoit aucune clause d'indemnisation en cas de rupture, les risques de hold-up (c'est-à-dire d'appropriation des rentes de l'investissement par la partie qui n'a pas investi), conduisent à un niveau d'investissement inférieur au montant optimal. Les trois modes de calcul des pénalités pour rupture les plus souvent utilisés sont l'obligation de service (forcer la partie défaillante à exécuter le contrat dans les termes fixés; en anglais « *specific*

performance damage »), la compensation (faire payer à la partie défaillante une somme correspondant au manque à gagner du cocontractant consécutif à la rupture; en anglais « *expectation damages* ») et l'indemnisation (la partie reçoit une somme qui la place dans une situation identique à celle qui aurait prévalu si le contrat n'avait pas été conclu; en anglais « *reliance damages* »). Rogerson montre que les trois modalités poussent à un surinvestissement, la performance en termes de surplus des deux parties étant la moins réduite avec l'obligation d'exécution et la plus réduite avec l'indemnisation. De fait, la certitude d'être remboursé en cas de rupture conduit la partie qui investit à dépenser plus que le montant efficient. Mais, comme l'a montré par exemple Shavell⁵, pousser les parties à investir de façon efficiente après qu'elles ont signé le contrat n'est que l'une des dimensions du problème. Il faut aussi que le système de dommages et intérêts soit efficient ex ante (les parties trouvent individuellement intérêt à s'engager quand il est collectivement efficient qu'elles le fassent) et ex post (le contrat doit pouvoir être rompu dans certains états de la nature et uniquement dans ceux-là). Et, comme nous l'avons déjà dit, aucune règle de calcul des indemnités ne peut remplacer un contrat parfaitement contingent.

Section 2

CONTENTIEUX EN MATIÈRE DE PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

Quand on entre dans le champ de la propriété intellectuelle, aux problèmes de traitement des contentieux évoqués dans la section précédente s'ajoutent les difficultés nées de l'immatérialité des objets sur lesquels portent les droits de propriété.

§1. – L'imprécision des droits de propriété

Les droits de propriété intellectuelle sont alloués automatiquement (droits d'auteurs) ou après démarche administrative (marques, brevets) et donnent lieu à une publicité très variable. Les occasions de contentieux sont donc démultipliées, ne serait-ce que par utilisation illégale mais en toute bonne foi d'objets protégés dont la publicité a été mal faite. À cet égard, les brevets d'invention présentent l'avantage d'exiger un dépôt faisant l'objet d'une publicité normalisée. Dans les paragraphes qui suivent, nous ne traiterons que des brevets. Nous allons voir que la publicité ne les met pas à l'abri de conflits nés de l'imprécision des droits.

Le brevet est un contrat entre la collectivité (représentée par l'INPI – ministère

5. V. SHAVELL, « The Design of Contrats and Remedies for Breach », *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 99, n° 1, February, pp. 121-148, 1984.

de l'Industrie) et l'innovateur, destiné à promouvoir les recherches qui ont des applications commerciales sur lesquelles les agents privés possèdent plus d'information que les représentants de la collectivité⁶. Ce contrat est génériquement incomplet, donc risque d'être contesté : il peut l'être légalement par un tiers titulaire d'un brevet antérieur ou par un tiers contestant la brevetabilité de l'innovation, ou illégalement par un tiers contrefacteur. Le contentieux peut se régler soit par négociation entre le titulaire du brevet contesté et le tiers, soit par voie judiciaire, auquel cas la collectivité (représentée par l'autorité judiciaire) arbitre entre les intérêts du titulaire du droit, ceux du tiers, et les siens.

Parmi les principales sources de contentieux, on trouve la légitimité des droits de propriété octroyés par les offices. Un brevet ne doit être accordé que si l'innovation est nouvelle, ce qui suppose que les employés des offices chargés de les évaluer aient accès à des bases de données exhaustives. Par ailleurs, les compétences des examinateurs sont forcément limitées, ils disposent d'un temps limité et ils peuvent commettre des erreurs. Enfin, ces examinateurs sont eux-mêmes des agents stratégiques ; leurs décisions dépendent donc du mode de rémunération et du contrôle dont ils font l'objet. Il n'est donc pas rare, lors de procès pour violation de brevet, de voir le juge invalider certaines, voire la totalité, des revendications enregistrées par l'administration lors de la délivrance du titre de propriété.

Aux États-Unis, le nombre annuel de dépôts de brevets d'invention a plus que doublé au cours de la dernière décennie alors que le flux annuel des brevets délivrés n'augmentait que de 60 %⁷. Cela laisse à penser que les examinateurs sont devenus plus sélectifs, donc plus efficaces et laissent moins passer de brevets qui risquent d'être invalidés. Pourtant, sur la même période, le nombre de procès en contrefaçon ou violation de brevets a lui aussi quasiment doublé, pour atteindre environ 3 000 pendant l'année 2006. Bessen et Meurer⁸ ont cherché à comprendre quels facteurs peuvent expliquer ce développement très rapide des contentieux judiciaires en matière de brevet. Ils montrent que c'est la complexification croissante des innovations, notamment en matière d'ordinateurs et de programmes d'ordinateurs qui empêchent les examinateurs américains d'apporter aux déposants les garanties dont ils auraient besoin pour leurs droits. L'imbrication, réelle ou supposée, des droits détenus provoque plus facilement le déclenchement de conflits, dont une partie importante mais difficile à quantifier se résout à l'amiable par la constitution de « pools de brevets » et la délivrance de licences croisées, ententes qui constituent des risques non négligeables en termes de droit de la concurrence⁹. Une solution à la mauvaise qualité des brevets est actuellement en

6. Voir CRAMPES, « L'objet et le champ de brevets : Qu'est-ce qui mérite d'être breveté ? » *Revue Lamy de la Concurrence*, avril-juin, 192-195, 2007.

7. Voir le site www.uspto.gov de l'Office américain des brevets et marques : en 1995, 212 377 dépôts et 101 419 délivrances contre respectivement 425 967 et 173 771 en 2006.

8. BESSEN et MEURER, « The Patent Litigation Explosion, WP 05-18, Boston University school of Law, 2005 ; « Lessons for Patent Policy from empirical research on patent litigation », WP 05-22, Boston University School of Law, 2005.

9. Voir LERNER *et alii*, « The Design of Patent Pools : The Determinants of Licensing Rules », *Rand Journal of Economics*, 2007.

phase d'expérimentation aux États-Unis. Il s'agit du projet « *Peer to Patent* »¹⁰ qui fait appel à l'expertise des internautes pour rechercher l'antériorité des brevets demandés avant qu'ils soient octroyés. Pour l'instant, le système fonctionne sur la base de la mise en ligne volontaire de brevets (notamment par IBM, Intel, Red Hat) pour tester leur nouveauté et ainsi les rendre moins fragiles s'ils sont finalement octroyés.

§2. – Une affaire exemplaire

De façon plus pragmatique, il est intéressant de voir le traitement subi en France par un brevet dont le détenteur considère qu'il fait l'objet de contrefaçon. Voici l'esquisse d'un cas réel (anonymisé) de traitement d'un contentieux en matière de brevet.

Une société française *SF* dépose et obtient quatre brevets en (1979, 1980, 1983 et 1987 respectivement) portant sur un taximètre répondant à des spécifications techniques et commerciales précises. Une société étrangère *SE* importe et distribue en France des taximètres du même type (« version 1 »). En 1994, *SF* fait saisir ces matériels en contrefaçon complète ou partielle des quatre brevets susmentionnés. *SF* demande la confiscation et l'interdiction des importations de *SE* et 5 MF de dommages et intérêts provisionnels. Peu après, *SE* contre-attaque en demandant que soit constatée l'absence de contrefaçon et prononcée la nullité des brevets de *SF*.

En 1998, le Tribunal de Grande Instance de Paris

- i)* rejette la demande en nullité des trois premiers brevets détenus par *SF*;
- ii)* annule le brevet de 1987;
- iii)* dit que *SE* a contrefait certaines des revendications des brevets de 1979 et 1983 et en interdit l'utilisation;
- iv)* nomme un expert pour évaluer la réparation du préjudice;
- v)* interdit à *SF* d'utiliser les pièces saisies chez *SE*;
- vi)* condamne *SE* à payer 20 kF à *SF* et à supporter les dépens.

SA fait alors appel. En février 2000, la Cour d'appel de Paris confirme le jugement du TGIP, sauf qu'elle déclare nulles certaines des revendications du brevet de 1983, déboute *SF* de la demande en contrefaçon dudit brevet et condamne *SF* à une indemnité provisionnelle de 150 kF et aux dépens.

En septembre 2000, *SF* demande la saisie dans les locaux de *SE* d'un nouveau modèle de taximètre (« version 2 ») qui serait en infraction avec certaines des revendications du brevet de 1979. En décembre 2000, le TGIP déclare que ce nouveau matériel est bien contrefaisant des revendications 1 et 5 du brevet de 1979 et condamne *SE* à 100 kF d'amendes et 35 kF de dommages et intérêts provisionnels en attendant un rapport d'expert.

Sur la contrefaçon de la « version 1 », l'expert rend en 2001 son évaluation des dommages subis par *SF* : 140 kF de manque à gagner sur les ventes, 282 kF sur les

10. www.peertopatent.org

pièces détachées et 452 kF sur les réparations. Sur la contrefaçon de la « version 2 », l'expert rend en 2002 un rapport dans lequel il exprime des doutes sur sa mission et ne transmet pas au tribunal une évaluation claire des dommages à indemniser.

Les parties remettent leurs conclusions récapitulatives en 2004. Le jugement du TGIP rendu en décembre 2004 confirme la validité du brevet de 1979 (jusqu'en 1999), condamne *SE* en réparation de contrefaçon à payer à *SF* 648 k€ (-4,2 MF) pour la commercialisation de la « version 1 » et 1 M€ (-6,7 MF) pour la commercialisation de la « version 2 » (plus 6k€ au titre de l'article 700 du Code de procédure civile). Finalement, les parties ont trouvé un accord en transigeant sur une somme forfaitaire pour éviter de continuer le procès.

Cette affaire appelle plusieurs commentaires. D'abord, on ne peut manquer d'être impressionné par la durée de la procédure. Il est normal que le juge puisse statuer dans la sérénité, mais il est difficile de comprendre comment les agents économiques peuvent prendre des décisions rationnelles quand les procédures exigent de tels délais, en particulier quand les décisions en matière de dommages se matérialisent alors que le brevet concerné n'est plus opérationnel. On est loin de la sécurité juridique nécessaire à la bonne conduite des affaires.

Ensuite, il est difficile de se sentir satisfait quand on voit que cette débauche procédurière débouche finalement sur un accord. Ne vaudrait-il pas mieux obliger les parties à passer d'abord devant un conciliateur et à verser une caution, laquelle serait perdue s'il apparaît finalement que les parties s'entendent parallèlement à la procédure judiciaire et empêchent ainsi l'institution de s'occuper d'autres affaires ?

La troisième remarque concerne le flou existant autour des droits conférés par le brevet. À quoi sert l'Inpi si un juge peut et doit dire que telle ou telle revendication n'est pas fondée ? Si le brevet est soluble dans l'institution judiciaire, les contrefacteurs peuvent espérer le faire fondre progressivement avant le terme légal. Comment l'examineur qui a accordé un brevet qui s'avère partiellement ou totalement caduc doit-il être rémunéré ? Et comment intégrer cette dimension dans son plan de carrière¹¹ ?

Enfin, l'examen de cette affaire permet de s'interroger sur le rôle sensible joué par l'expert et sur la méthode qu'il suit pour calculer les dommages-intérêts. Il s'agit ici, suivant la règle habituelle, d'indemniser le plaignant pour le préjudice subi. Cela nécessite des calculs très compliqués à la fois du manque à gagner et de la perte subie, dont la principale caractéristique est qu'ils sont basés sur des informations de nature essentiellement privée. L'expert se trouve donc dans une position stratégique où seul le souci de maintenir sa réputation le protège contre les risques de manipulation et de capture. La nomination d'un second expert serait probablement une façon efficace pour le juge d'obtenir l'information pertinente¹².

11. Sur ce thème, voir FRIEBEL *et alii*, « Objectives and Incentives at the European Patent Office », Rapport IDEI, décembre 2006.

12. Sur ce sujet, voir GROMB et MARTIMORT, « The Organization of Delegated Expertise », *IDEI Working Paper*, n° 284, mai 2004.

CONCLUSION

La théorie économique des contrats est en plein développement depuis une vingtaine d'années. Les conditions de rupture et le calcul des dommages-intérêts ont fait l'objet de travaux d'abord en termes stratégiques et, plus récemment en termes normatifs pour tenter d'améliorer le cadre juridique dans lequel évoluent les agents économiques. Parallèlement, l'économie des brevets a commencé à s'intéresser au règlement des violations de droits et à la sanction des contrefaçons. Beaucoup de chemin reste à faire avant de disposer d'une théorie englobant l'ensemble de la problématique du traitement des contentieux, notamment en tenant compte explicitement de l'enchaînement et de la durée des procédures. Les progrès en ce domaine ne pourront venir que de la collaboration entre juristes et économistes.

BIBLIOGRAPHIE

- BESSEN J. and M. J. MEURER (2005a), « The Patent Litigation Explosion », WP 05-18, Boston University School of Law, www.bu.edu/law/faculty/papers
- BESSEN J. and M. J. MEURER (2005b), « Lessons for Patent Policy from empirical research on patent litigation », WP 05-22, Boston University School of Law, www.bu.edu/law/faculty/papers
- CRAMPES C. (2007), « L'objet et le champ des brevets : Qu'est-ce qui mérite d'être breveté? », *Revue Lamy de la Concurrence*, Avril-Juin, 192-195, idei.fr/doc/by/crampes/brevets.pdf
- CRAMPES C. et C. LANGINIER (2002), « Litigation and Settlement in Patent Infringement Cases », *Rand Journal of Economics*, volume 33, n° 2, Summer, 258-273.
- FRIEBEL G., A. KOCH, D. PRADY et P. SEABRIGHT (2006), « Objectives and Incentives at the European Patent Office », Rapport IDEI, décembre http://idei.fr/doc/by/seabright/report_epo.pdf
- GROMB D. et D. MARTIMORT (2004), « The Organization of Delegated Expertise », *IDEI Working Paper*, n° 284, mai, idei.fr/doc/wp/2004/organization_delegated.pdf
- LERNER J., M. STROJWAS et J. TIROLE (2007), « The Design of Patent Pools : The Determinants of Licensing Rules », *Rand Journal of Economics*.
- OBIDZINSKI M. (2006), « Économie d'un droit flexible », Thèse Nancy, http://tel.archives-ouvertes.fr/docs/00/13/09/56/PDF/these_marie_6.pdf.
- ROGERSON W. P., « Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract » *The Rand Journal of Economics*, vol. 15, n° 1, Spring, pp. 39-53.
- SALANIÉ B. (1994), *Théorie des contrats*, Economica.
- SHAVELL S. (1984), « The Design of Contracts and Remedies for Breach », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 99, n° 1, February, pp. 121-148.
- TIROLE J. (1999), « Incomplete contracts : where do we stand? », *Econometrica*, vol. 67, n° 4, 741-81.