



HAL
open science

La concurrence-coopération des avocats et des conseils en propriété industrielle

Christian Bessy

► **To cite this version:**

Christian Bessy. La concurrence-coopération des avocats et des conseils en propriété industrielle. 2020. hal-03034065

HAL Id: hal-03034065

<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03034065>

Preprint submitted on 1 Dec 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La concurrence-coopération des avocats et des conseils en propriété industrielle

Christian Bessy

Directeur de recherche au CNRS à l'IDHES ENS Paris-saclay

Résumé

Ce texte propose d'analyser les relations de concurrence-coopération entre les avocats spécialisés et les conseils en propriété industrielle dans un « marché du droit du brevet » en expansion au cours de la période contemporaine et conduisant à transformer les formes d'interprofessionnalité. Ces transformations sont reliées à l'évolution des modes d'exercice des deux professions, la croissance des cabinets, leur managérialisation et leur internationalisation. La première partie trace à grand traits l'histoire longue des relations entre les professionnels du brevet et évoque la première mondialisation de la propriété industrielle. Le texte analyse ensuite la seconde mondialisation avec l'émergence d'un système de brevet européen qui va mettre en concurrence ces intermédiaires du droit au niveau national et international. La mise en place future de la Juridiction Unique du Brevet ne va faire qu'accroître cette concurrence internationale, mais aussi le pouvoir des juges experts dans la définition du droit européen du brevet. La dernière partie propose donc une réflexion sur l'élaboration des normes juridiques internationales.

Mots clefs : avocats spécialisés, conseils en propriété industrielle, concurrence-coopération, régulation, droit du brevet

Durant les trois dernières décennies, la profession d'avocat a connu des bouleversements considérables qui l'ont encore plus éloignée de ce qu'elle était auparavant - une profession exclusivement judiciaire exercée par des avocats individuels regroupés dans des barreaux proches des tribunaux. Le barreau a inclus de nouveaux groupes professionnels, les conseils juridiques, les avoués¹. La diversité des formes d'exercices et des modes d'organisation des cabinets s'est accentuée, en se complexifiant (Bessy, 2015). Les instances représentatives de la profession se sont également transformées avec la création depuis 1990 du Conseil National des Barreaux (CNB par la suite) qui est devenu le principal interlocuteur du gouvernement en ce qui concerne les projets de réforme des activités des avocats (Wickers, 2014).

Les changements intervenus s'inscrivent dans le développement général du capitalisme financier et dans le mouvement de globalisation économique qui l'accompagne. En pratique, la transformation du barreau est aussi le reflet et le prolongement d'intentions politiques et de réformes qui touchent, au plan européen l'ensemble des groupes professionnels et leurs activités. Le projet de la Commission européenne visant la construction d'un marché intérieur des services juridiques, engagé dans les années 2000, a été porteur d'une libéralisation du « marché » par la suppression de tout un ensemble de restrictions professionnelles analysées comme des freins à la concurrence (Chaserant et Harnay, 2010). Bien que ce projet de complète dérégulation n'ait pas abouti, les représentants de la profession d'avocat ont été amenés à renégocier certaines règles sous la pression de plus en plus croissante de l'élite politique voulant favoriser la compétitivité des cabinets français face à la concurrence étrangère, en particulier en encourageant l'inter professionnalité². La dernière Loi Macron de 2015 en donne une parfaite illustration, en augmentant en particulier les possibilités de capitalisation des cabinets d'avocats avec la création du statut de société d'exercice interprofessionnelle.

Dans ce texte, nous proposons de revenir à la loi du 31 décembre 1990 sur les professions réglementées pour aborder la question de l'interprofessionnalité entre les avocats et les conseils en propriété industrielle (CPI par la suite). Car cette loi qui a instauré la fusion des conseils juridiques avec les avocats, a également créé la profession de CPI, alors que la majorité de la profession d'avocat s'y était pendant longtemps opposée, comme elle s'opposera ensuite en 2009 à un projet de fusion. En effet, il nous semble important de s'intéresser à ce domaine du droit qui constitue un enjeu majeur du développement capitalisme. Ce type d'actif incorporel, en particulier les brevets, est devenu un élément de plus en plus important de l'évaluation (boursière) des entreprises qui cherchent à les détenir en masse, afin aussi de pouvoir négocier avec leurs concurrents en cas de litige et d'éviter des procès très coûteux (Bessy, 2018). La construction de portefeuilles de brevets stratégiques

¹ Le nombre des avocats serait passé d'environ 25 000 en 1991, année de la fusion avec les conseils juridiques, à plus de 63 000 en 2016 (statistiques du Ministère de la justice).

² Voir Jean-Marie Darrois, *Rapport Darrois : « Vers une grande profession du droit »*. La Documentation française, 2009 ; Michel Prada, *Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, Paris, Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie & Ministère de la Justice, mars 2011. Ces rapports font également des propositions pour améliorer la qualité du droit français (et la tradition de droit civil en général) qui ne serait pas assez « attractif ».

suppose l'existence d'un marché des brevets relativement fluide permettant de procéder à des échanges avec le concours d'intermédiaires spécialisés dans l'évaluation et la sécurisation des titres, le plus souvent issus des cabinets de « patent attorneys » et qui vont donc rentrer en concurrence avec eux (Monk, 2009).

L'émergence d'un marché des brevets et des technologies (Guellec et al., 2010) va accroître la concurrence entre les professionnels du droit sur le « marché du brevet », et plus généralement du droit de la propriété intellectuelle, et ceci d'autant plus avec l'implantation en France, depuis les années 2000, de professionnels étrangers, en particulier allemands et anglais, qui ont un acquis une longueur d'avance ; si bien que les deux professions d'avocats et de CPI se sont mobilisés sous l'égide des pouvoirs publics pour essayer de combler leur « retard » dans ce domaine.

C'est dans le cadre de cette croissance du « marché du droit du brevet », mais qui devient néanmoins de plus en plus concurrentiel au niveau européen à partir des années 1970, que nous allons nous intéresser aux relations de concurrence-coopération entre ces deux professions³. Par cette expression de « marché du brevet », nous faisons référence aux services juridiques en matière de rédaction, de dépôt et d'entretien du brevet, assurant la médiation entre les « inventeurs » et les offices, et de règlement des litiges entre les déposants ou entre ces derniers et les contrefacteurs éventuels, donc à toutes les tâches qui garantissent les titres de propriété. Ce « marché du brevet » est à distinguer du « marché des brevets » lié aux échanges sur les titres de brevet ou encore sur leur valorisation conduisant à la signature de contrats de licence et à leur exécution (perception des redevances en particulier). Si bien que l'on peut distinguer un marché amont d'un marché aval de prestations juridiques concernant le brevet, deux marchés qui sont imbriqués parce que la rédaction même du texte du brevet anticipe sur sa valorisation, en particulier le pouvoir de marché qu'il peut conférer à son détenteur ; ce qui témoigne aussi de l'imbrication de la recherche de garanties juridiques et des décisions économiques.

Tout un ensemble de tâches dérivent de ses différentes opérations auxquelles on peut ajouter les conseils en matière de gestion de portefeuilles de brevet, et toute l'ingénierie d'évaluation financière qui va avec, et, plus généralement, en matière de protection de l'innovation technologique et de sa valorisation source de profit. Ces activités peuvent être prises en charge respectivement par des courtiers (*patent brokers*), des conseillers financiers et des conseils en innovation, venant concurrencer les CPI, et dans une certaine mesure, les avocats spécialisés en droit de la propriété intellectuelle (DPI par la suite).

D'un point de vue économique, toutes ces tâches peuvent être prises en charge par un même acteur comme cela a été le cas, au début du 19^{ème} siècle, avec les premiers agents de brevet qui étaient des avocats. Mais la croissance du marché des brevets a entraîné une division du travail au sein des intermédiaires du droit, comme la plaidoirie devant les tribunaux assurée

³ Sur la question de « marché du droit » et l'émergence de nouveaux acteurs concurrençant les professionnels du droit traditionnels et rendant le marché plus transparent via l'usage des NTIC et l'économie des plateformes, voir G. Canivet (2017). Notons que l'auteur envisage aussi des partenariats entre ces professionnels et les *legaltechs* suivant une logique de synergie et d'exhaustivité de l'offre de services.

par un avocat. On peut considérer que ce dernier se met au service de la clientèle du conseil en brevet (clientèle en grande partie étrangère), suivant une forme de sous-traitance de l'activité, sous-traitance contrainte par la législation, du fait du monopole de représentation de l'avocat devant les tribunaux. Mais jusqu'à quel point le conseil en brevet va confier l'activité de pré contentieux à un avocat ou vont-ils travailler de concert, suivant une forme d'inter professionnalité ?

On peut donc avancer que la division du travail professionnel va dépendre des relations de concurrence entre ces deux groupes, des luttes de frontière ou de juridiction pour reprendre l'expression d'A. Abbott (1998), mais aussi de coopération interprofessionnelle permettant d'améliorer la prestation globale pour le client du fait de la forte complémentarité des tâches de conseil et de contentieux. D'un point de vue plus politique et d'activité de lobbying, les alliances entre les deux professions cherchent à contrer la concurrence des praticiens étrangers, en particulier à partir des années 2000 avec l'ouverture en février 2002 de la représentation en France pour les professionnels étrangers habilités à représenter en PI.

Mais cette concurrence étrangère remonte aussi à la création de l'Office Européen des Brevets (OEB) en 1973 qui va mettre en concurrence tous les conseils en brevets européens avec la création du titre de « mandataire du brevet européen » permettant de faire les dépôts et participer éventuellement aux procédures d'opposition pour le compte d'entreprises étrangères. Ce marché du brevet européen va profiter principalement aux mandataires allemands et anglo-saxons qui sont beaucoup plus puissants que leurs homologues français divisés entre le conseil (CPI) et la plaidoirie (avocats).

C'est pour se protéger de cette concurrence étrangère qu'un projet de fusion entre les deux professions va être porté en 2009 par les deux instances de représentation nationale (Compagnie Nationale des CPI et Conseil National des Barreaux). Ce projet va néanmoins capoté du fait de voix récalcitrantes au sein des deux professions. Pour comprendre ces dissensions, il importe de les resituer dans une perspective historique pour appréhender la complémentarité entre ces deux groupes d'experts puis leur mise en concurrence au cours de la période contemporaine, avec le renforcement de la dimension juridique de l'activité des CPI, du fait de l'emprise du droit et du contentieux. Cela va changer les formes d'inter professionnalité entre les deux groupes d'experts, formes qui vont de nouveau se transformer après l'échec du projet de fusion de 2009 et le long cheminement du projet de brevet unitaire qui devrait enfin aboutir avec la création de la Juridiction Unifiée du Brevet (JUB). Ces transformations sont à relier avec l'évolution des modes d'exercice des deux professions, la croissance des cabinets, leur managérialisation et leur internationalisation, pour affronter la concurrence sur le « marché européen du droit du brevet ». Mais, elles sont aussi à inscrire dans le mouvement plus global de financiarisation du système de brevet et du renforcement de la concurrence par l'innovation.

Nous commençons par tracer à grand traits l'histoire longue des relations entre les intermédiaires du brevet et évoquer la première mondialisation de la PI. Nous analysons ensuite la seconde mondialisation avec en particulier l'émergence d'un système de brevet européen qui va mettre en concurrence les intermédiaires du droit au niveau national et

international. La mise en place future de la JUB ne va faire qu'accroître cette concurrence internationale, mais aussi le pouvoir des juges experts dans la définition du droit européen du brevet, comme nous le verrons dans la dernière partie, face à une forme de désengagement des Etats nationaux. Ce texte propose donc aussi une réflexion sur l'élaboration des normes juridiques internationales accompagnant une nouvelle forme de concurrence économique via la valeur des brevets et les « intermédiaires du droit » qui la construisent.

D'un point théorique, nous proposons une analyse de la construction du « droit économique » qui met non seulement l'accent sur les interactions entre « acteurs publics » et « acteurs privés », mais aussi, sur le rôle de médiation des « professionnels du droit » (Bessy *et ali.*, 2011). A rebours d'une conception qui réduit la règle de droit à une incitation exogène, nous adoptons une conception plus endogène de la norme juridique basée sur un processus interactif entre l'édition de règles légales et les dispositifs de « régulation » inventés par les acteurs de chaque domaine d'activité. De par leur travail de concrétisation de principes de justice dans des dispositifs cognitifs et pratiques (procédures et protocoles standards, accords et contrats, codes, conclusions,...), les « professionnels » ou « intermédiaires » (comme le sont ici les avocats et les CPI) permettent au droit d'avoir une certaine effectivité, de conformer les pratiques, d'exercer sa fonction régulatrice, au lieu de tout rabattre sur le seul volontarisme politique ou sur la seule intervention du juge.

D'un point de vue empirique, l'analyse repose sur des interviews de différents professionnels du droit : avocat, juge, juriste de l'INPI, et quatre CPI, que nous avons interrogés en particulier sur la transformation du système du brevet au niveau français et européen. Nous avons également construit des statistiques sur cabinets d'avocats spécialisés en PI et de CPI à partir de différentes bases de données. Ce matériel empirique vient actualiser une série d'interviews effectuées dans les années 1990 auprès de ces professionnels, en particulier de responsables de la propriété industrielle dans les entreprises en charge des accords de licence.

1 L'histoire longue des relations entre les intermédiaires du brevet

Contrairement à d'autres pays (l'Allemagne par exemple), en France, les activités de conseils en propriété industrielle ne sont pas réservées à une seule profession, mais sont distribués entre les CPI, les anciens agents de brevet, et les avocats qui par ailleurs ont le monopole de la représentation devant les tribunaux judiciaires. Historiquement, l'activité de contentieux et la préparation des procès étaient déléguées à un avocat, et chaque agent travaillait le plus souvent avec le même professionnel du prétoire dans le cadre d'une collaboration durable afin que l'avocat puisse traduire aisément les aspects techniques dans le langage juridique et, ainsi, se faire bien comprendre par les juges durant les procès. Signalons que cette division du travail ne date que de la fin du XIX siècle avec la création en 1884 du syndicat des ingénieurs et conseils en propriété industrielle qui va devenir l'interlocuteur privilégié de l'Etat et peser donc sur les réformes en la matière.

Une piste d'explication de cette division du travail, relativement à la figure actuelle US du *Patent Attorney*, serait le fait que la conception du brevet dans le cas français a été fortement influencée par la culture de l'ingénieur mettant l'accent sur l'exactitude et la qualité de la description, plus que sur l'utilité industrielle du brevet comme cela a été le cas aux Etats-Unis

(Baudry, 2014). Or, la rigueur du langage de description est plus difficile à acquérir par des personnes comme les avocats qui n'ont pas fait d'études d'ingénieur à moins d'être passionnés par la technique. Cela ne va pas empêcher certains d'entre eux de jouer un rôle de prescripteur de ce que doit être un bon brevet et donc un « bon conseil en brevet ». D'une façon générale, les juristes en général et les avocats en particulier vont jouer un rôle décisif dans la définition du droit en la matière en s'investissant dans les associations de promotion de la propriété industrielle, au niveau national et international.

1.1 La première mondialisation et la création de l'ONPI

En effet, s'il est un domaine où le droit s'est rapidement internationalisé, c'est bien le droit de la propriété industrielle. C'est parce que la circulation rapide des connaissances (du fait de leur caractéristique de bien public) peut faire l'objet d'un commerce avantageux dans différents pays que l'on a cherché à harmoniser, dès la fin du XIX^{ème} siècle, les DPI au niveau international (Convention d'Union de Paris, en 1883, pour la propriété industrielle, Convention de Berne, en 1886, pour la protection des œuvres littéraires et artistiques). Les intermédiaires du droit ont joué un rôle important dans la définition des normes internationales en matière de brevet, en particulier les agents de brevets qui par leur réseaux de correspondants étrangers avaient été très vite sensibilisés à l'impératif de créer un tel type de norme pour favoriser le commerce international. Comme le montre Galvez-Behar (2006), la prise de brevets étrangers en France devenant croissante (moins d'un tiers des brevets dans les années 1880, la moitié en 1911), les agents français travaillent de plus en plus en relation avec leurs correspondants étrangers, subissant leur influence et s'alignant sur leurs tarifs.

Cette première mondialisation des normes en matière de brevet est également favorisée par l'existence de l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle (AIPPI, datant de 1897), composée d'inventeurs, industriels, agents de brevets et juristes, militant pour cette protection et son harmonisation au niveau international. C'est d'ailleurs la branche française de cette association qui va pousser à la création en 1902 de l'Office Nationale de la Propriété Industrielle (qui deviendra INPI en 1951), en enrôlant A. Millerand pour défendre sa cause devant le législateur. Les agents de brevets vont demander que l'Office de brevet prenne en charge la publication des tables de brevets, afin de faciliter les recherches d'antériorité, et la normalisation de la rédaction des descriptions techniques, permettant une publication plus rapide des brevets ; autant d'opérations qui réduisent les coûts de définition des droits de propriété pour les inventeurs et les agents de brevets (Galvez-Behar, 2006).

Mais bien que le nombre d'agents de brevets s'accroît, et que le syndicat des ingénieurs-conseils essaie de réguler la profession en excluant les moins fiables d'entre eux, elle n'arrive pas à être reconnue par les pouvoirs publics en tant que véritable profession contribuant à une forme de service public d'aide à la rédaction des brevets et de défense des inventeurs, ce qui diminue leur capital de confiance relativement à la profession d'avocat. Le syndicat des ingénieurs-conseils reste néanmoins l'interlocuteur privilégié des pouvoirs publics.

Tout au long des deux premiers tiers du 20^{ème} siècle, les agents de brevets vont travailler plus ou moins en équipe avec des avocats lorsqu'ils ne parviennent pas à éviter le procès dans

lesquels ils peuvent néanmoins prendre la parole en tant qu'expert lorsque le juge le permet. On peut concevoir deux modalités de relation interprofessionnelle. L'une basée sur une étroite collaboration respectueuse des compétences et des clients de chacun, l'autre basée sur une relation plus hiérarchique. Soit que l'avocat considère l'agent de brevets comme un simple technicien ou, inversement, que le second considère le premier seulement comme un spécialiste de la plaidoirie sachant traduire la technique en langage juridique.

1.2 Le développement de la R&D et des stratégies de propriété industrielle

Mais à côté de ce corps d'experts ingénieurs-juristes qui exercent en tant que conseils auprès des entreprises, va se développer une activité similaire accomplie par des ingénieurs salariés au sein des grandes entreprises investissant dans de nouveaux produits et procédés pour asseoir leurs avantage concurrentiel sur les marchés. Les inventions sont de plus en plus liées à une organisation collective du travail dans laquelle l'inventeur salarié fait figure d'exception. Ces ingénieurs de formation participent avec les directions d'entreprise à la politique de dépôt de brevets afin de renforcer leur pouvoir de marché et de licence dans le cadre d'accords de coopération technologique et de contrats de licence (Bessy et Brousseau, 1998). Par ailleurs, le dépôt de brevet n'est pas seulement guidé par des considérations patrimoniales. Il est aussi utilisé stratégiquement par les entreprises comme signal et monnaie d'échange sur les marchés avec l'émergence des premiers *patent pools* visant la définition de standards technologiques⁴.

Ces responsables de la PI dans les grandes entreprises vont travailler de concert avec des cabinets d'avocats, certes en cas de procès avec des concurrents, mais aussi, en leur déléguant plus systématiquement les questions juridiques que ne le ferait un agent de brevets lui-même. Ces ingénieurs-juristes d'entreprise peuvent néanmoins aussi recourir à un conseil en PI sur des questions techniques pointues ou pour mettre en relation leur entreprise avec des partenaires de coopération technologique ou, encore, être conseillés sur la stratégie industrielle et de pénétration des marchés étrangers. Une explication du recours à un agent de brevets, autre que la réduction des coûts de transaction, est que son intervention repose sur la difficulté des grandes entreprises à licencier du fait qu'elles véhiculent une image négative inhérente au fait qu'elles risquent de rentrer en concurrence avec leurs licenciés (Gambardella *et al.*, 2006).

Comme nous allons le voir avec le développement du droit européen des brevets dès le début des années 1960 (La convention de Strasbourg du 27 novembre 1963 harmonise les conditions de brevetabilité et la portée du brevet), les ingénieurs-juristes d'entreprise vont bénéficier de la même formation, que leurs homologues libéraux, dispensée par le Centre d'Etudes Internationales de la Propriété Industrielle (CEIPI, devenue Intellectuelle en 2008) créé à Strasbourg en 1963. Avec la création de l'OEB dans les années 1970, ce centre de

⁴ Il revient à R. Merges (1996) d'avoir été l'un des premiers à étudier cette forme de gestion collective des droits et de la technologie, conduisant les membres de ces pools à gérer leur connaissance technologique comme des communs. Dans son étude historique portant sur les Etats-Unis, il montre que les membres du *pool* peuvent recourir à un tiers expert du domaine pour évaluer les brevets et régler des litiges, à l'instar des conseils en brevet.

formation internationale se verra confier la charge de l'enseignement du droit européen des brevets destiné aux futurs spécialistes et mandataires auprès de l'Office. Il va forger progressivement le profil du spécialiste européen en brevet (qu'il soit agent/conseil, avocat ou examinateur) : un ingénieur de formation et qualifié en droit des brevets avec une expérience en entreprise, ceci afin de bien comprendre les enjeux concurrentiels du brevet.

2 La modernisation des offices de brevets et la mise en concurrence des intermédiaires du droit

Le modèle traditionnel d'inter professionnalité a par la suite évolué pour devenir plus conflictuel sur un « marché du brevet » pourtant en forte croissance, sous l'impulsion des pouvoirs publics qui cherchent à combler le retard français en la matière avec la loi du 2 novembre 1968 sur le brevet d'invention visant en particulier à moderniser l'INPI (examen plus approfondi du texte du brevet et remise d'un rapport de recherche caractérisant sa nouveauté et son inventivité). On peut d'ailleurs se demander si cette complémentarité n'a pas été permise par ce retard, par la faiblesse relative des dépôts de brevets en France et donc des contentieux possibles, relativement à d'autres pays.

Cette modernisation de l'office français est suivie par la création de l'OEB (Convention de Munich du 5 octobre 1973, révisée en 2000) qui aménage une procédure de délivrance unique permettant d'obtenir un faisceau de brevets nationaux indépendants⁵. Elle accroît aussi les exigences d'examen préalable de la demande de dépôt de brevet et instaure des procédures d'opposition pour contester la délivrance d'un brevet, afin de mieux garantir en amont la qualité des titres de PI⁶. Cette garantie juridique conforte le pouvoir de marché des entreprises et assure la valeur financière de leur patrimoine technologique ; ce qui va d'ailleurs conduire les avocats d'affaires et les agents de brevets à développer une ingénierie financière pour évaluer et gérer les portefeuilles de brevets en lien avec les professionnels de la finance (Bessy, 2018).

Complexité du droit, qualité des brevets et compétences des intermédiaires du droit se construisent simultanément, accompagnant une seconde mondialisation des échanges technologiques, à partir des années 1980, basée sur une recherche d'harmonisation mais aussi de durcissement des DPI impulsée en particulier par la politique américaine. Cette dernière a cherché à privatiser les connaissances, à supprimer les obstacles juridiques à la brevetabilité, et à accroître les asymétries de pouvoir dans les échanges Nord-Sud (Orsi et Zimmerman, 2012), en s'appuyant sur une ingénierie juridique développée par des cabinets d'avocats d'affaires internationaux promoteurs de la *common law*.

⁵ Le brevet européen délivré doit être validé dans chaque Etat désigné pour y produire ses effets en lien avec les lois nationales, ce qui peut créer des différences sensibles quant à l'appréciation de la validité des brevets. Sur cette question, voir Rémiche et Cassiers (2010) qui avancent l'idée que les divergences ont progressivement disparu du fait de l'harmonisation croissante du droit en matière de brevet. Par ailleurs, ils rappellent que cette procédure unique s'inscrit dans la droite ligne du Traité de Washington (*Patent Cooperation Treaty*) facilitant l'obtention de brevets dans les 142 Etats parties au Traité.

⁶ Afin de se conformer au modèle du brevet européen qui comprend une partie revendications et une partie description de l'invention, la loi française de 1978 va imposer la mention des revendications.

2.1 De la coexistence à la concurrence

Du côté des avocats, certains cabinets vont progressivement se spécialiser dans le droit de la PI, en particulier pour faire face à la multiplication des litiges en la matière y compris les questions de marques, de dessins et modèles. Cette expertise en matière de contentieux va les amener naturellement à développer des activités de conseil sous l'influence de cabinets anglo-saxons qui sont de plus en plus actifs dans tous les domaines de la propriété intellectuelle et qui commencent à s'implanter sur le territoire français, à partir des années 1970 avec la reconnaissance légale de la profession de conseil juridique en 1971 (Dezalay, 1990). Les premiers cabinets d'avocats français spécialisés en PI vont concurrencer directement les agents de brevets, à partir du moment où ces conseils ne nuisent pas aux dispositions réglementaires concernant les incompatibilités d'exercice⁷ : constitution des droits de brevet, négociation et rédaction des contrats de licence, puis, au cours de la période contemporaine, évaluation financière du patrimoine immatériel des entreprises. Pour cela, ils ont dû progressivement se former à la technique et donc à la culture de l'ingénieur, augmentant ainsi la durée de la période d'apprentissage des avocats technologues qui constitue néanmoins une minorité. En pratique, ils déposent rarement de brevets, les rédigent encore plus rarement, plus souvent des marques.

La plus grande sophistication des procédures et la fréquence accrue des litiges entraînent ainsi la spécialisation des avocats dans une stratégie de niche très rémunératrice. Mais cette spécialisation est liée au fait qu'ils travaillent aussi directement avec les « ingénieurs brevets » des entreprises dont les départements de R-D se développent et dont les stratégies de licence de brevet s'internationalisent dans le cadre d'accords de coopération technologique.

De leur côté, les agents de brevets se forment plus systématiquement au droit du fait de l'accentuation de la dimension juridique de leur activité (relativement à la rédaction technique), en particulier lorsqu'ils veulent obtenir le titre de mandataire en brevets européens⁸. Ils peuvent ainsi représenter leurs clients et plaider devant les chambres d'opposition de l'OEB. La philosophie de cet office a d'ailleurs été largement inspirée par le modèle allemand du *Patentanwalt*, ingénieur en PI qui plaide régulièrement devant les tribunaux et, en particulier, devant le tribunal fédéral spécialisé dans les affaires de PI (et dont la formation s'étale sur plus de 10 ans).

Cette formation juridique des agents de brevets leur a également permis plus aisément de régler les litiges via les mécanismes de résolution des litiges alternatifs au procès (médiation, transaction, arbitrage⁹) venant concurrencer ainsi les avocats. En effet, les premiers ont toujours joué un rôle important dans le traitement du pré-contentieux et donc ont cherché à

⁷ En particulier l'avocat doit sauvegarder son indépendance matérielle et intellectuelle et ses prestations d'avocat doivent rester son activité principale. Des projets sont en cours de façon permanente pour lever certaines incompatibilités (Lartigue, 2012).

⁸ Ce titre est accessible également aux avocats et aux conseils en PI qui sont salariés d'entreprise, mais dans la pratique ces professionnels deviennent rarement mandataires.

⁹ Cette solution est reconnue par les CPI comme très coûteuse.

négocier avec les potentiels adversaires d'un contentieux judiciaire, afin d'éviter le recours à un avocat et les incertitudes des procès menés par des juges qui ne sont pas spécialisés¹⁰.

Cette diversification des activités de part et d'autre a accru la concurrence entre les deux groupes professionnels en les rendant d'une certaine façon de moins en moins complémentaires tout en leur permettant néanmoins de coopérer suivant des arrangements interprofessionnels plus complexes. Ces arrangements, pouvant impliquer également les ingénieurs-juristes d'entreprise, s'inscrivent en particulier dans l'internationalisation des cabinets de conseils en PI et des cabinets d'avocats participant à la mise en place d'accords de coopération technologique.

Notons que ces différents experts de la PI vont aussi collaborer à la définition de normes juridiques en la matière, au sein d'associations professionnelles qui assurent une activité de lobbying visant à harmoniser la législation internationale, comme la branche française de l'AIPPI, ou plus orientée vers les pratiques de brevets et de licences.

2.2 La réforme des professions de 1990 vers une logique plus entrepreneuriale

C'est pour améliorer l'inter professionnalité favorable à la compétitivité des entreprises françaises que s'est appuyée la loi du 31 décembre 1990 sur les professions réglementées créant, d'une part, la profession de CPI et, d'autre part, instaurant la fusion des conseils juridiques avec les avocats, conférant aux premiers la possibilité de plaider (Boigeol et Dezalay, 1997). La profession de CPI a réuni les anciens « conseils en brevets » (profession existant depuis 1968) et des juristes spécialisés en marques, dessins et modèles, ce qui va accroître la concurrence avec les avocats en la matière. Cette profession élargie a été finalement réglementée par le décret du 1er avril 1992 (Code la propriété intellectuelle) imposant à ses membres des obligations comparables à celles des avocats (qualification, règles de déontologie, assurance professionnelle, structures d'exercice), mais en ne reconnaissant pas la qualité d'ordre à l'organe corporatiste de la profession qui est placée sous la tutelle de l'INPI, et donc du ministère de l'industrie¹¹.

La création de cette profession n'avait rien d'évident et plusieurs demandes de l'association des ingénieurs-conseils avaient été refusées auparavant, la majorité de la profession d'avocat s'y étant opposée¹². Il aura fallu l'insistance de l'INPI et la mobilisation du ministre de l'industrie de l'époque R. Fauroux (Lambert 2016). Mais dans les deux cas (profession de CPI et fusion conseils/avocats), ces changements institutionnels sont justifiés par la nécessité

¹⁰ Notons qu'une cour arbitrale a été fondée par l'association des ingénieurs conseils en 1846, cour dans laquelle siégeaient quatre ingénieurs-conseils et également deux avocats (Galvez-Behar, 2008, p. 220).

¹¹ Pour être inscrit sur la liste des personnes qualifiées en PI tenue par l'INPI, il faut posséder un diplôme national de deuxième cycle juridique, scientifique ou technique, le diplôme délivré par le CEIPI, justifier une pratique professionnelle de trois années et avoir passé avec succès l'examen d'aptitude organisé par l'INPI. Depuis 2007, il existe une voie dérogatoire (VAE) permettant à certaines personnes, sous conditions de diplôme et de pratique professionnelles, d'être dispensées de cet examen d'aptitude. Comme pour les avocats, une autre voie dérogatoire est prévue pour les professionnels de l'Union Européenne.

¹² Si certains avocats anticipaient une concurrence en matière de conseil, l'ensemble de la profession entretenait un certain dédain pour ce métier de techniciens. Cette exclusion n'est pas propre à la France comme l'illustre les cas des USA analysé par Swanson (2009).

d'améliorer la qualité de l'offre française de service juridique capable de s'ajuster aux besoins diversifiés d'une clientèle d'affaires. Cela nécessite le développement de structures d'exercice plus capitalistiques (avec la création des structures d'exercice libéral) permettant de répondre au phénomène de concentration des professions libérales, en Europe comme aux Etats-Unis, et à l'implantation de leurs cabinets en France.

Les structures d'exercice libéral vont regrouper de plus en plus d'avocats, en renforçant une logique entrepreneuriale basée sur une activité de conseils à destination des entreprises, et vont permettre de développer les premiers cabinets de niche spécialisés en DPI, mais aussi en droit des NTIC, tout en gardant une activité contentieuse importante, notamment en direction des particuliers (pour les auteurs). Ces cabinets de niche doivent affronter la concurrence des départements PI des grands cabinets d'affaires, mais peuvent également devenir leur sous-traitant spécialisé en cas de hausse de la conjoncture (Bessy, 2015)¹³.

Pour les CPI, il s'agit en particulier de former les industriels français aux pratiques plus systématiques du dépôt de brevet qui doivent combler leur retard en la matière de façon parallèle à la modernisation de l'INPI. Mais les CPI doivent également de leur côté accroître leur propre formation, notamment juridique, pour devenir mandataire européen et répondre aux exigences de la procédure d'examen de l'OEB, ainsi que d'accompagner leurs clients dans le cadre de procédures d'opposition. Ils sont conduits à diversifier leurs prestations au sein de cabinets dont certains s'étoffent de plus en plus (notamment en créant des établissements en régions) sur fond de développement général de la profession¹⁴. Ils cherchent également à élargir leur clientèle aux universités et instituts de recherches, aux TPE, et leurs réseaux de correspondants étrangers qui les mandatent pour les dépôts de brevet de leurs propres clients, ce qui représente une part non négligeable de leur chiffre d'affaires¹⁵.

Ce développement des cabinets de CPI cherche à faire face non seulement à la concurrence des avocats français spécialisés en PI mais surtout à la concurrence étrangère, en particulier depuis l'ouverture à la concurrence des professionnels de la PI étrangers à partir de 2002. Il s'agit en particulier des avocats ingénieurs allemands et des *patent attorney* anglo-saxons évoluant dans de grosses structures d'exercice qui traitent d'importants volumes de dépôt et de gestion de brevets. Par rapport à ces deux pays (Allemagne et Royaume-Uni), la France est celui dont les entreprises déposent le moins de brevets nationaux et a donc une base de développement plus faible que les professions allemandes et anglaises¹⁶. Ces dernières sont

¹³ Cette concurrence se déroule néanmoins sur fond d'un nombre croissant d'affaires réglées par le Tribunal de grande instance de Paris en matière de brevet d'invention, passant d'une centaine de procès par an en 1990 à plus de 130 en 1999 ; chiffres donnés par le cabinet d'avocats Véron et associés. Sur l'ensemble des TGI, cela représente environ 350 affaires par an.

¹⁴ D'après les statistiques de la CNCPI, de près de 300 CPI au moment de la création de la profession en 1990, ils sont 535 au 1^{er} janvier 2001 et 680 le 1^{er} juin en 2008.

¹⁵ Il faudra attendre 1983 pour que les dépôts français dépassent les dépôts des non-résidents, ce qui fait dire à Lambert (2016) que, jusque dans les années 1980, le modèle économique du conseil en brevet libéral est un modèle de la rente, appliquant un coefficient aux honoraires de l'homologue étranger.

¹⁶ En 2006, les dépôts de brevet nationaux étaient respectivement de 48 000 en Allemagne, 17 500 au R-U et 14 000 en France.

d'autant plus puissantes que les professionnels ont le droit de plaider devant les tribunaux et qu'elles rassemblent aussi les juristes d'entreprise.

Leur organisation professionnelle a eu un fort pouvoir de lobbying dans la conception du système de brevet européen qui a redéfini les relations entre les agents de brevets des différents pays européens, basées initialement sur des relations de réciprocité. Les agents de brevets français faisaient appel à leurs homologues lorsque leurs clients souhaitaient une protection en Allemagne, Royaume-Uni, ..., et, inversement. Lorsqu'un titre de propriété faisait l'objet d'un litige, le correspondant local gérait le litige, conformément aux règles et usages de son pays. Mais la création de titres de PI européens a remis progressivement en cause ces relations de réciprocité, sans toutefois les annuler. Par ailleurs, les homologues et les clients directs non européens (américains ou japonais par exemple) ont concentré leurs ordres vers un nombre limité de professionnels européens, comme les allemands et les anglais dont les profils sont recherchés, rarement les professionnels français, accroissant l'activité des professionnels de ces deux pays dont les effectifs sont beaucoup plus importants. On comptait ainsi en 2007 (statistiques de l'OEB) 2925 mandataires OEB allemands, 1751 anglais et seulement 776 français (dont 90 % de CPI)¹⁷.

2.3 Le développement de l'inter professionnalité

En France, à partir des années 2000, et du fait de l'accroissement de la concurrence étrangère, il y a eu un consensus de nos élites politiques sur l'idée que l'amélioration de l'offre française de services en matière de PI passe par le rapprochement entre les professions d'avocat et de CPI afin qu'ils puissent assurer une continuité de ces services entre le dépôt de brevet et sa défense en justice, en passant par la valorisation des titres sur le marché des technologies, et, ceci, dans la perspective du brevet européen mais aussi du brevet communautaire qui devait se concrétiser à terme.

Divers types d'inter professionnalité ont émergé allant du travail en équipe ponctuelle (avocat et CPI) sur des dossiers communs de contentieux à la création de deux structures parallèles – CPI d'un côté et avocats spécialisés en PI de l'autre côté - proposant leurs services sous une même marque et dont les équipes collaborent étroitement (Cabinet Hirsch à partir de 1997). Mais un projet en 2004 d'inter professionnalité d'exercice entre avocats et CPI (travaillant dans la même structure) n'a pas abouti, les premiers étant en majorité réfractaire à ce projet du fait des risques de perte de leur indépendance (avec par exemple l'existence de clause de non-concurrence chez les CPI), de leur valeur et du problème du contrôle par des non-avocats de cabinets d'avocats¹⁸.

Par ailleurs, les avocats avaient déjà en tête à l'époque la fusion des deux professions et ont travaillé à partir de 2007 avec les CPI pour proposer un projet clair et ambitieux de fusion porté par les deux instances de représentation nationale en 2009 (voir projet CNCPI/CNB,

¹⁷ Nous avons repris ces éléments de comparaison au « Projet d'unification des professions d'avocat et de CPI » co-rédigé et adopté par le CNB et la CNCPI à l'automne 2008. Ces éléments montrant les handicaps des professionnels français vont justifier le projet de fusion des deux professions.

¹⁸ L'Association des Avocats de Propriété Industrielle (AAPI) réunissant plus d'une centaine de praticiens était contre.

2008). L'argument principal était de pouvoir faire face à la concurrence étrangère en matière d'offres de services de PI, notamment en étant plus attractif pour gérer les portefeuilles de droits à l'échelle européenne. Il permettait aux anciens CPI devenus avocats et aux nouveaux entrants dans la profession d'avocat, voulant pratiquer cette spécialité, de représenter leurs clients devant les tribunaux et de plaider leurs dossiers de PI. Ce projet proposait aussi une mention de spécialisation commune pour tous « Avocat conseil en propriété intellectuelle »¹⁹, permettant d'être bien identifié par les clients nationaux et internationaux, et un système de passerelles pour les spécialistes en PI des entreprises.

Finally, les CPI ne sont pas entrés dans la profession d'avocat malgré les propositions incluses dans ce projet commun, ainsi que celles du Rapport Darrois (2009) militant pour une « grande profession du droit »²⁰. Mais ce rapport encourageait également l'inter professionnalité et le développement de réseaux pluridisciplinaires sous réserve du respect des principes d'indépendance et de confidentialité.

Ce projet de fusion a capoté du fait de voix récalcitrantes au sein des deux professions. Il importe alors de prendre en compte les hétérogénéités d'exercice au sein de chaque profession pour comprendre comment peuvent se nouer des alliances complexes entre praticiens des deux groupes ou trois groupes d'experts, si on prend en compte les spécialistes en PI des entreprises. Du côté des avocats, la plupart des grands cabinets d'affaires ayant des départements spécialisés dans la propriété intellectuelle n'étaient pas contre la fusion, en particulier les cabinets anglo-saxons fonctionnant sur le modèle du *patent attorney*. Leurs avocats ont l'habitude de traiter des gros dossiers de contentieux (notamment en matière de brevets) avec les directeurs de la propriété industrielle des firmes multinationales (pharmacie, NTIC, industrie mécanique).

Les cabinets d'avocats de niche spécialisés dans la PI ont quant à eux milité pour le *statu quo* ou pour l'inter professionnalité, certains cabinets arrivant très bien à travailler avec les CPI, car ayant investi dans la technique. Réciproquement, les ingénieurs brevets des cabinets de CPI de renom ont mis en avant le risque de perte des compétences techniques et donc de l'expertise globale en la matière (les meilleurs ingénieurs risquent de se détourner d'une carrière juridique). Là encore on pourrait y voir la spécificité de la culture française de l'ingénieur.

On peut donner l'exemple du cabinet Bensoussan qui travaille avec des cabinets de CPI de renom dans des domaines d'expertise très pointus (comme le cas des biotechnologies). Ce cabinet spécialisé dans les NTIC et la propriété intellectuelle (spécialiste des contrefaçons sur internet) a connu une très forte croissance de son personnel (comptant en 2015 près d'une cinquantaine d'avocats dont la plupart sont des collaborateurs salariés) au cours des dernières

¹⁹ Le projet met l'accent (p. 47) sur le fait que l'unification consacrerait le caractère global de la propriété intellectuelle qui forme un tout : monopoles légaux et droit de la concurrence, du droit d'auteur au brevet en passant par les marques et les modèles, de l'acquisition à l'exercice des droits.

²⁰ Notons que ce rapport prônait également l'intégration des juristes d'entreprise en leur conférant un statut « d'avocat en entreprise ». C'est à ce titre que l'Association des Spécialistes en Propriété Industrielle (regroupant à l'époque près de 450 conseils juridiques en entreprise en la matière) avait soutenu les propositions de ce rapport.

années en développant son activité dans le domaine plus général du droit des technologies avancées, en particulier à partir de réseaux internationaux d'avocats technologues (avec un marketing assez agressif participant au commerce des promesses technologiques, puisqu'ils sont sur tous les objets dont le design est impacté par les NTIC : imprimantes 3D, algorithmes prédictifs,...).

D'autres cabinets d'avocats, plus dépendants des CPI pour la partie technique, ont voulu garder le monopole de la représentation devant les tribunaux afin de se réserver les clients qu'ils craignaient de perdre du fait de la puissance de certains cabinets de CPI²¹. En effet, les cabinets de CPI se sont beaucoup étoffés depuis 1990 et internationalisés au niveau européen pour faire face à la concurrence des grands cabinets étrangers.

Depuis 2009, d'autres formes d'inter professionnalité ont émergé. En l'attente d'une loi venant mettre fin aux incompatibilités d'exercice, un autre mode d'inter professionnalité s'est développé sous la forme de l'intégration par les cabinets d'avocats d'anciens CPI (libéraux ou salariés d'entreprise) travaillant sous contrat salarial afin d'étendre leur activité sur des objets de droit de plus en plus techniques. Ils peuvent également intégrer le cabinet sous le statut d'avocat via la loi sur les passerelles (décret passerelle du 3 avril 2012 venant assouplir les conditions d'accès à la profession d'avocat et en particulier l'idée d'avoir exercé une activité juridique pendant 8 ans).

De leur côté, les cabinets de CPI peuvent également faire travailler sous statut salarial d'anciens avocats, juristes ou ingénieurs d'entreprise, ou encore informaticiens concevant des outils d'évaluation des portefeuilles de brevets. Ils peuvent aussi embaucher des mandataires étrangers (cas d'un mandataire allemand et européen dans le cabinet LLR fondé en 2000 et comptant une dizaine d'ingénieurs associés, 6 juristes marques et une dizaine d'ingénieur collaborateur ; cabinet qui a ouvert un bureau en Chine, chiffres de 2017).

Par ailleurs, les Sociétés de Participation Financière de Professions Libérales ont été créées par la loi du 28 mars 2011 (portant sur la modernisation des professions juridiques et judiciaires réglementées). L'objectif est d'encourager la création de structures d'exercice basées sur l'inter professionnalité capitalistique pour contribuer à la consolidation à l'international des cabinets français. Cette loi n'est entrée en vigueur que très récemment, avec le décret du 19 mars 2014. Elle autorise également la prise de participation financière dans les Sociétés d'exercice libéral de professionnels du droit, du chiffre et des conseils en propriété industrielle.

Cette réforme a consolidé le mouvement de création de structures parallèles entre Cabinets de CPI et cabinets d'avocats spécialisés en PI ou cabinets d'affaires généralistes, comme dans le cas du cabinet de conseil en PI « Fidal Innovation » dans lequel le *cabinet Fidal* (cabinet de conseils juridiques au départ et devenu aujourd'hui le premier cabinet européen en droit des

²¹ On pourrait ainsi expliquer la volte-face de l'AAPI qui était initialement contre l'inter professionnalité puis a changé son fusil d'épaule au moment du projet de fusion des deux professions, voyant dans l'inter professionnalité un moindre mal.

affaires) a pris une participation à hauteur de 49 %²². Cela permet à ce nouveau cabinet de CPI (devenu en 2013 *IP Trust*, comptant aujourd'hui 22 CPI implantés à Paris, Grenoble et Saclay) de profiter du réseau de PME de Fidal, de l'équipe des 40 avocats spécialisés en PI et des équipes spécialisées dans le droit de la concurrence ou dans le droit fiscal, afin de traiter tous les aspects connexes des dossiers de PI (Lartigue 2012). On peut aussi mentionner la création de *Casalonga avocats* en parallèle avec *Casalonga CPI* qui est considéré comme un des cabinets ayant la plus grande expertise en la matière. Ces deux entités ont fusionné en 2018 pour devenir *Casalonga*, la première société pluri-professionnelle d'avocats et de CPI française, à la suite de la loi Macron du 7 août 2015 créant le statut de société d'exercice interprofessionnelle entre professions du droit et du chiffre.

Dans les deux professions, on assiste à une croissance des effectifs et de la taille des cabinets qui cherchent à se diversifier en accroissant le spectre de leurs activités et leur implantation géographique au niveau national et international. Avant d'aborder la dimension internationale, et en particulier européenne, on va montrer comment la croissance de ces professionnels du droit s'inscrit dans le développement de la place de Paris, ce qui constitue une autre dimension de leur coopération.

2.4 L'émergence de la place de Paris

Depuis les lois de 2008 (décret de 2009) et 2011, le TGI de Paris est devenu le juge pour les actions civiles et les demandes relatives au brevet d'invention, obtentions végétales, dessins et modèles, marques, propriété littéraire et artistique, y compris sur des questions connexes de concurrence déloyale. En absorbant l'activité des TGI de province, mais aussi du tribunal de commerce qui a perdu sa compétence en matière de droit d'auteur, ce tribunal (la troisième chambre) contribue à la centralisation du traitement du contentieux et des professionnels du droit sur la place de Paris, en particulier des avocats qui sont les postulants de leur confrère des autres barreaux, mais aussi à leur spécialisation dans les affaires de propriété intellectuelle, accroissant leur capacité d'expertise au sein d'une niche d'activité de plus en plus convoitée. Sur la période 2000-2009, le nombre de nouvelles affaires est pratiquement identique (350 par an sur l'ensemble des TGI, dont environ 180 à Paris) à celle de la décennie précédente, et en légère baisse au cours de la dernière décennie (statistiques du cabinet Véron et associés).

Chose rarissime dans l'organisation de la justice française, les juges de la troisième chambre du TGI de Paris ont parfois une dizaine d'années d'ancienneté. Ils (on devrait dire elles car ce sont pour la plupart des femmes) dérogent à la règle de mobilité « obligeant les juges à changer de chambre lorsqu'ils sont promus ». Cette dérogation est liée à la complexité du droit du brevet qu'ils connaissent particulièrement bien car ils jugent toutes les actions en contrefaçon ou de revendication de propriété au niveau national (interview auprès d'un assistant d'un juge, 2018), affaires dans lesquelles peuvent être aussi impliqués des CPI, soit à titre d'expert judiciaire, soit parce que leur témoignage ou attestation sont mobilisés par les

²² Le président de ce cabinet n'était pas favorable au projet de fusion du fait de la perte des spécificités des CPI brevets, ayant une formation et une culture initiale technique et scientifique (village de la justice, 19 mai 2015).

parties en litige. Suivant les paroles du juge interviewé, « tous ces professionnels constituent un petit monde participant à la réputation de la place de Paris dans le domaine de la PI », monde auquel participent aussi des huissiers et des experts-comptables, ainsi que les examinateurs de l'INPI²³. Tous ces professionnels du droit sont liés par des relations personnalisées permettant de dépasser les rivalités et d'œuvrer à leur image de marque auprès du public.

Concernant les cabinets d'avocats, nous n'avons pas de statistiques précises pour ceux qui opèrent dans le domaine du droit de la PI et des technologies de l'information²⁴. Mais outre les départements spécialisés en la matière des grands cabinets d'avocats d'affaires dont l'activité s'est fortement accrue (notamment les procédures de fusion-acquisition dans lesquelles les actifs intellectuels sont évalués), de nombreux cabinets de niche se sont développés en ouvrant des bureaux secondaires en France ou à l'étranger ou en créant des réseaux européens de cabinets (Bessy, 2015). On en compte aujourd'hui une soixantaine sur la place de Paris dont les avocats peuvent être postulants pour des confrères de province²⁵, avocats postulants entretenant des relations privilégiées avec les juges de cette juridiction d'exception.

Du côté des CPI, en 2018, la profession comptait 1007 membres contre 680 en 2008²⁶. Comme pour les avocats, près de la moitié des effectifs exercent à Paris. Cette croissance rapide de la profession au cours de la décennie 2008-2018 (voir tableau) est accompagnée par la concentration des cabinets²⁷, la part des cabinets de plus de 20 conseils en propriété industrielle augmentant de 22,3 % à 52,9 % sur la période considérée. Mais les cabinets avec

²³ Notons que l'INPI a ses propres juristes qui interviennent en cas de contentieux avec un déposant qui remet en cause la décision de l'office de ne pas honorer sa demande du fait qu'elle ne remplit pas toutes les conditions de brevetabilité, en particulier un défaut manifeste de nouveauté. Ces litiges concernant la question de la propriété sont tranchés par la cour d'appel de Paris. C'est parce que l'étendue actuelle de l'examen au fond pratiqué par l'INPI ne se situe pas dans le standard de ses homologues internationaux, que le projet de loi actuel PACTE (relatif à la croissance et la transformation des entreprises) veut renforcer cet examen, ainsi que mettre en place une procédure d'opposition équivalente à celle de l'Office Européen des Brevets, afin d'améliorer la confiance dans le système français en la matière, de contribuer à des brevets forts et d'attirer des investisseurs. C'est la stratégie actuelle défendue par « France brevet » (Fond d'investissement créé par l'Etat, l'ANR et la CDC) qui est néanmoins mise en cause par certains CPI critiques du mouvement de financiarisation du brevet.

²⁴ Notons que d'après notre enquête statistique portant sur l'année 2010 auprès d'un échantillon représentatif de près de 210 cabinets d'avocats, ce domaine du droit représentait près de 4 % du chiffre d'affaires de la profession (Bessy, 2015). Le nombre d'avocats étant de 52 000 à l'époque, on peut estimer grossièrement à 2000 le nombre d'avocats travaillant dans ce domaine en équivalent temps plein. Par ailleurs, notre enquête montre que ce domaine du droit agrège des cabinets de niche pratiquant des honoraires très élevés auprès d'entreprises dont ils sont les conseillers juridiques attitrés.

²⁵ Ce décompte a été réalisé à partir de l'analyse des affaires de brevet sur la période 2012-2018 traitées par la 3^{ème} chambre du TGI et dont les décisions mentionnent les noms des avocats des parties et des cabinets. Il provient du travail actuel de thèse (non encore publiée) d'Isaac Lambert que je remercie.

²⁶ Ces statistiques sont issues de la construction d'une base de données des cabinets de CPI en France à partir de l'annuaire 2018 tenu par la CNCPI. Cette base permet d'étudier la diversification professionnelle de ces cabinets et leur distribution géographique.

²⁷ Les CPI peuvent exercer dans des sociétés civiles professionnelles, des SEL ou des sociétés commerciales (SA, SARL). Ils doivent détenir la majorité du capital et des droits de vote.

un seul CPI persiste dans ce nouveau paysage, augmentant légèrement sur la période de 10,9 à 12,4 %. Il y aurait donc deux tendances²⁸.

Tableau : distribution des CPI par taille des cabinets 2008/2018

Nombre de CPI par cabinet	Nombres de cabinets Principaux		Nombre de CPI		% du nombre total de CPI	
	2008	2018	2008	2018	2008	2018
1	74	125	74	125	10,9*	12,4
2 à 10	84	133	305	160	44,9	15,9
11 à 20	10	14	149	199	21,9	19,8
>20	5	10	152	533	22,3	52,9
Total	173	282	680	1007	100,0	100,0

Source : données construites à partir de l'annuaire des CPI tenu par la CNCPI en 2008 et en 2018

*Lecture : « 10,9 » veut dire que 10,9 % des CPI exercent en 2008 dans des cabinets en solo.

Les (relativement) grands cabinets emploient également des futurs CPI (ingénieurs ou juristes), des ingénieurs ou juristes qui peuvent être des ex-avocats ou ex-spécialistes de PI en entreprise salariés, ou autres professionnels du droit et membres du staff qui assurent la logistique. Un cabinet de renom comme « Beau de Loménie » emploie ainsi 200 professionnels, dont 70 CPI dans l'ensemble de ses bureaux en France et à l'étranger. L'entretien de ce personnel permanent est un bon témoin de l'impératif pour ces cabinets d'acquérir une solide capacité d'expertise en interne et de développer leur propres outils, notamment en matière d'évaluation et de gestion de portefeuilles de brevets de grandes entreprises ou de start-ups à haut potentiel.

Mais ce qui est le plus marquant c'est la spécialisation des CPI, 52 % ayant la mention « brevet », 35 % la mention « marques, dessins et modèles », 13 % les deux mentions, en 2018, contre, respectivement, 36 %, 40 %, et 24 % les deux mentions, en 2008. Cette spécialisation « brevet » est un des moyens par lesquels la profession fait face à la complexité croissante du droit du brevet et à l'ingénierie qu'elle contribue à développer en la matière.

On assiste d'ailleurs à des stratégies de niche de certains CPI qui développent leur activité brevet dans des petits cabinets spécialisés dans des domaines technologiques pointus, comme les biotechnologies ou, plus généralement, le secteur pharmaceutique. Cette spécialisation dans ce domaine d'activité se retrouve également chez les cabinets d'avocats. Ainsi 36 % du contentieux en matière de brevet pharmaceutique (50 affaires entre 2012 et 2018) sont traités

²⁸ D'après un CPI à la tête d'un cabinet prestigieux : « On assiste actuellement à un marché assez actif en matière de restructuration des cabinets avec un phénomène de concentration qui s'explique par un effet de masse critique jouant de manière certaine... des cabinets qui fusionnent avec d'autres. Mais aussi émerge une autre tendance à l'inverse où des ingénieurs seniors, qui ont du mal à vivre dans des grosses structures, se mettent à leur compte, avec un petit peu d'ubérisation également qui commence à poindre. Il y a des grands déposants qui sont de plus en plus dans un logique d'achat et qui considèrent les cabinets comme des sous-traitants. Ils sont assez contents d'avoir des seniors installés dans leur salon avec peu de frais de structure et des brevets à 1500 euros. Il y a donc ces deux tendances » (interview juin 2019).

par 5 cabinets d'avocats spécialisés en la matière (dont 3 représentent les « génériqueurs » et 2 les « princeps ») sur les 42 cabinets ayant plaidés dans au moins une affaire (voir le travail de thèse de Lambert). Ce sont les associés de ces cabinets qui plaident dans ces affaires où les brevets constituent des enjeux économiques importants puisqu'ils clôturent des courses à l'innovation dans lesquelles participent essentiellement les grandes entreprises.

3. La naissance difficile de la JUB et la segmentation accrue du marché du brevet

Mais le droit du brevet se définit de plus en plus au niveau européen, comme le montre la référence, dans les préambules des textes de jugements du TGI (reprenant les conclusions des avocats), à des arrêts de la CJUE. Les cabinets (d'avocats et de CPI) d'élite se différencient de plus en plus par la maîtrise de la jurisprudence internationale et organisent leur activité pour aborder la concurrence au niveau européen qui a pris un nouveau tournant avec la création du brevet unitaire et de la JUB. Ce « paquet européen » donne une fin crédible à la saga du brevet communautaire qui date de la convention de Luxembourg du 15 décembre 1975. Cette convention mettait l'accent sur l'aspect unitaire du brevet en ce sens qu'il ne peut être délivré, cédé ou anéanti que pour tout le territoire de l'UE, ce qui conduisait logiquement à un droit communautaire du brevet, éliminant les spécificités des droits nationaux, et une centralisation du traitement des contentieux. Cette juridiction unifiée a constitué pendant longtemps un point de discordance entre les états membres, avec en particulier des divergences sur les aspects linguistiques (Rémiche et Cassiers, 2010). Ces difficultés ont été surmontées avec ce nouveau « paquet européen » qui n'est toujours pas entré en vigueur au moment où nous écrivons (le brexit est évoqué avec la sortie de l'Angleterre). Mais ce projet a entretemps changé de nature en construisant une institution qui sort du modèle de La Haye (Lazega 2016).

3.1 Du titre communautaire au brevet unitaire exigeant une expertise accrue

Bien que créé par le Conseil de l'Union Européenne (règlement UE du 17/12/2012 et résolution du 19/02/2013 stipulant que ce nouveau système entrera en vigueur dès que 13 Etats contractants auront ratifié l'accord), ce « paquet européen » est une émanation du monde des affaires, en particulier des grands cabinets d'avocats internationaux spécialisés dans la PI (ou grands cabinets d'affaires ayant un département de PI) qui ont l'habitude de participer à l'élaboration des normes en la matière (ADPIC de 1994, l'Accord International sur la Protection des Droits de Propriété Intellectuelle). Ils possèdent une forte culture du contentieux, des enjeux économiques et des positions concurrentielles. En s'appuyant sur une analyse structurale des relations entre les « entrepreneurs institutionnels » de cette institution, Lazega (2016) montre que ce projet est aussi le fruit d'une oligarchie collégiale de juges européens travaillant depuis longtemps à l'homogénéisation du droit des brevets permettant d'accroître la sécurité juridique des entreprises.

En effet, comme dans d'autres domaines (les experts des normes comptables analysés par Chiapello et Medjad, 2011), l'eupéanisation des intermédiaires du droit s'inscrit dans un mouvement de privatisation des normes européennes en matière de PI sur lesquelles l'Union européenne a peu de prise, face au désinvestissement des Etats nationaux dans l'édification d'un système de brevet européen. Les décisions de ces « juges lobbyistes » sont amenées à faire jurisprudence (européenne) et à influencer à terme les juridictions nationales qui

travailleront sous leur contrôle. Mais cette institution hyper-spécialisée risque d'émettre des règles rentrant en conflit avec le droit communautaire de la concurrence ou encore d'autres règles de droit communautaire qui favorisent le partage des connaissances, via les licences obligatoires (Frison-Roche 2006).

Ces décisions vont conduire à redéfinir le savoir expert qu'il convient de maîtriser pour les professionnels du droit qui sont d'ailleurs amenés, dans le cas français, plus à coopérer qu'à se faire réellement concurrence sur ce nouveau marché de la représentation judiciaire en matière de brevet²⁹. Y sont admis conseils et avocats, sous condition d'être mandataire européen, dont la contrainte de qualification s'est accrue avec la validation de la pratique orale du droit, diplôme de *Patent litigator* qui serait délivré par le CEIPI.

D'après les résultats de l'enquête d'I. Lambert (2016), les avocats français interrogés se sentent relativement mieux disposés à plaider que les CPI, ces derniers craignant plus la concurrence de leurs homologues allemands et anglais qui ont l'habitude de plaider devant les tribunaux et qui ont leurs réseaux d'affiliés en France. Ces derniers vont bénéficier de la concentration du contentieux dans l'une des 3 chambres de la division centrale de la JUB (Paris, Londres et Munich), chacune étant spécialisée dans certains domaines technologiques. La position de la CNCPI est de continuer à travailler en équipe avec les avocats, les procès ne représentant qu'une faible part de l'activité de conseil. Par ailleurs, le contentieux en matière de brevet restant à 90 % national, seulement 10 % des brevets font l'objet d'un procès dans deux pays ou plus.

Il n'empêche que les enjeux de ces procès sont de plus en plus importants d'un point de vue non seulement industriel, sauvegarder un avantage concurrentiel sur un marché globalisé, mais aussi, financier, le montant des indemnités atteignant des sommes de plus en plus importantes, sans atteindre néanmoins le niveau des dommages et intérêts des tribunaux US³⁰. Or ces indemnités comprennent de plus en plus souvent les frais de conseils techniques et juridiques, suivant en cela les recommandations de l'ADPIC (art. 45, §2).

Présenté comme un dispositif qui doit faciliter la délivrance du brevet en Europe et le règlement des litiges dans une juridiction spécialisée, le « paquet européen » engendre en fait une nouvelle complexification de la prise de brevet et de sa défense, et donc un renforcement de l'expertise des professionnels (aux dires même des avocats et CPI interrogés par Lambert, 2016). Avant même que ce nouveau système fonctionne et que les règles du brevet unitaire fassent l'objet d'une jurisprudence stabilisée, les avocats et les CPI mandataires européens se demandent comment les juges vont définir la brevetabilité, la contrefaçon, ou, encore, vont-ils recevoir ou non des arguments portant sur le droit de la concurrence, à l'instar de la CJUE. Beaucoup estiment que les juges auront trop de pouvoir.

²⁹ Les CPI ont dû néanmoins batailler pour obtenir cette représentation (Lambert, 2006). Notons par ailleurs que les professionnels du droit se sont regroupés au sein de l'Association des Praticiens Européens des Brevets, association qui organise principalement des rencontres où est discutée la définition du nouveau droit européen.

³⁰ A titre d'exemple, en 2012, la firme Samsung a été condamnée par le Tribunal de San José (Californie) à versé plus d'un milliard de dollars pour avoir violé six brevets détenus par Apple sur le design de l'iPhone et sur plusieurs fonctionnalités.

La position du parlement anglais est tout à fait exemplaire sur cette question amenant ce pays à ratifier de justesse l'Accord relatif à la JUB (House of European Scrutiny Committee, 2012). Au-delà de la dénonciation de l'emprise de la CJUE, ce sont les apports économiques de la nouvelle juridiction qui sont contestés. Non seulement, les représentants de la profession des *patent attorneys* anticipent plutôt une augmentation des coûts de dépôt du brevet et du contentieux, ce qui est dommageable pour les PME, mais aussi, craignent la remise en cause de la place de l'Angleterre comme *hub* du contentieux international du brevet. C'est l'obtention d'une division centrale de la JUB à Londres qui va emporter l'adhésion.

Le parlement français ratifie l'accord avec beaucoup moins de difficulté car se félicitant de la présence de la CJUE dans le système de la JUB et de la place de la France : siège administratif de la division centrale de la JUB à Paris avec le premier président et le « français » comme langue de procédure de la juridiction (à côté de l'anglais et de l'allemand). Si l'augmentation des coûts est mise en avant, le rapport de l'AN pose aussi la question de l'indépendance des juges vis-à-vis du microcosme du brevet, mais sans pourtant mentionner l'incompatibilité avec le code de la magistrature française ne tolérant pas en principe la spécialisation des juges dans un domaine.

L'Accord sur la JUB semble donc principalement profité aux trois pays qui accueilleraient les chambres de la division centrale de la JUB : Allemagne, Angleterre et France. Elles sont aptes à recevoir les actions en nullité du brevet, tandis que les actions en contrefaçon seraient portées devant les divisions locales présentes dans chaque pays.

3.2 La segmentation des cabinets

Ce système de la JUB avantagerait les gros cabinets, en particulier allemand et anglais, qui ont l'habitude de traiter des contentieux complexes impliquant différentes traditions juridiques et dont les honoraires sont trois fois plus élevés que leurs homologues français (CNB/CNCPI, 2008). Cette inflation des honoraires est à relier avec l'importance des enjeux économiques des contentieux pour lesquels les clients sont prêts à payer, bien que les différences de qualité des prestations entre les cabinets soient négligeables. Cette logique du « Winner-takes-all » (Hadfield, 2000), qui serait le pendant de la « course au brevet » dans certains domaines technologiques, contribuerait à accroître la segmentation du marché du brevet avec en haut de la hiérarchie les grands cabinets d'avocat et/ou de CPI travaillant pour des firmes multinationales, en particulier américaines et chinoises.

Ces grands cabinets sont à même d'élaborer des stratégies complexes de dépôt de brevet (national, européen ou unitaire) suivant les domaines technologiques, du fait de l'existence de trois chambres dans la future JUB, et suivant la « force du brevet » en matière de protection. Le recours à un brevet unitaire suppose non seulement l'existence de concurrents dans différents pays, mais aussi, une forte protection, car le brevet peut se faire révoquer sur tous les territoires en une seule fois.

Le mouvement de concentration des cabinets d'avocat et/ou de CPI répond à l'émergence d'un « marché européen du brevet » qu'ils cherchent à façonner en participant (à) et en anticipant la définition des normes juridiques. La multiplication de leurs activités s'est

accompagnée d'une forte diversification géographique même si ces cabinets conservent leurs réseaux de correspondants.

Certains cabinets d'avocats et/ou de CPI français (pas forcément les plus prestigieux) ont d'ailleurs implanté des bureaux constitués de mandataires européens à Munich, ou d'autres capitales européennes (Alicante pour le droit des marques). Ils cherchent à se rapprocher des offices de brevets ou de marques car leur activité est principalement orientée par le dépôt des titres et leur défense. Cette diversification étrangère accroît donc la disparité des cabinets. Symétriquement des cabinets allemands (Flechner), anglo-saxons (réseau d'affiliés Marks and Clerck), hollandais (Novagraaf) se sont installés à Paris ou dans des capitales régionales.

Mais la concentration des cabinets répond aussi à l'émergence de nouveaux intermédiaires du droit. Il s'agit aussi des sociétés dites de « fees » gérant le paiement des annuités versées aux offices de brevet ou des *legaltechs* assurant les dépôts européens. Comme dans le cas des services juridiques des avocats (Bessy, 2015), les CPI sont concurrencés par de nouveaux acteurs offrant des prestations standards *low cost*, mais avec lesquels ils peuvent néanmoins coopérer en construisant des partenariats.

D'un autre côté, ils sont aussi concurrencés par les conseils en innovation, faisant de la veille technologique et proposant des stratégies globales de PI, les courtiers (*patent brokers*) mettant en relation les parties contractantes, et les sociétés de rating spécialisées dans la valorisation financière des brevets (Benassi & Angelo, 2012). Bien que les grands cabinets d'avocats et/ou de CPI développent leur propre outil d'évaluation en interne (méthode d'évaluation des portefeuilles de brevets, risques/forces en matière de PI, études de liberté d'exploitation), il importe de prendre en compte ces nouveaux acteurs pour rendre compte de la transformation du système de brevet et des luttes de frontières qu'ils impulsent en son sein.

Conclusion

Les intermédiaires de la PI participent à l'institution du droit et à son adaptation aux différentes configurations productives en définissant des modèles de conformité afin de minimiser les risques de contentieux en matière de brevet ou d'accord de licence. Mais au cours de la période contemporaine, ils contribuent à sa complexification rendant incontournable leurs prestations et accroissant la segmentation du « marché du droit du brevet » qui s'est progressivement européenisé, sur fond de la seconde mondialisation des DPI. Il serait intéressant d'en étudier plus précisément ses caractéristiques relativement à la première mondialisation.

L'intensification de la concurrence et la complexité croissante du droit entretient une forme de « course à la niche » à laquelle se livrent actuellement les mandataires européens. Si les mandataires allemands et anglo-saxons sont les favoris de cette course, le modèle d'inter professionnalité à la française telle qu'il se dessine actuellement et basé sur une forte complémentarité des activités, en particulier avec les sociétés d'exercice interprofessionnelles, peut avoir un avenir, en ménageant les formations approfondies d'ingénieur et de juriste. Certes, les cabinets français ont comblé leur retard, mais au prix d'une logique de plus en plus entrepreneuriale les conduisant à la limite de leur incompatibilité d'exercice.

D'un point de vue historique, on pourrait s'interroger sur le fait que les agents de brevets français ne sont pas passés à la plaidoirie devant les tribunaux, contrairement à leurs homologues étrangers. Est-ce lié à la volonté de la profession d'avocat de protéger son monopole de la représentation ou à l'organisation du système judiciaire français, les agents ayant toujours réclamé une chambre spécialisée, ou, encore, à l'emprise de la formation d'ingénieur à la française ? On pourrait y voir aussi un effet d'échelle du fait de la faiblesse du dépôt de brevet en France que l'on peut relier à son retard industriel ou à son organisation industrielle fondée sur des marchés internes favorisant les modes de protection des innovations par le secret.

Bibliographie

- Abbott A., 1998, *The System of Professions: An Essay on the Division of Expert Labor*, Chicago, University of Chicago Press.
- Baudry J., *Une histoire de la propriété intellectuelle. Les brevets d'invention en France, 1791-1844 : acteurs, catégories, pratiques*. Thèse de l'EHESS, 2014.
- Benassi M., Angelo A., 2012, 'IP Intermediaries in Europe: A Web Content Analysis', *Industry and Innovation*, (19)4: 307-325.
- Bessy C., 2006, "Organisations intermédiaires et accords de licence de technologie", *Revue d'Economie Industrielle*, n° 115, 3^{ème} trimestre, p. 71-104.
- Bessy C., 2015, *L'organisation des activités des avocats, entre monopole et marché*, Paris, Lextenso éditions, collection forum.
- Bessy C., 2018, The transformations of conventions for patent valuation and the role of legal intermediaries, WP IDHES.
- Bessy C., Brousseau E., 1998, "Licensing of Technology: Various Contracts for Diverse Transactions", *International Review of Law and Economics*, 18 : 451-489.
- Bessy C., Delpeuch T., Péglise J., 2011, (coordinateurs), *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, Paris, L.G.D.J. Lextenso éditions, collection Droit et Société.
- Boigeol A., Dezalay Y., « De l'agent d'affaires au barreau : les conseils juridiques et la construction d'un espace professionnel », *Genève*, 27, 1997, p. 49-68.
- Canivet G., 2017, « les marchés du droit. Rapport introductif », *Revue internationale de droit économique*, n°4, p. 9-33.
- Chaserant C., Harnay S., 2010, « Déréglementer le profession d'avocat en France ? Les contradictions des analyses économiques », *Revue internationale de droit économique*, n°2, p. 147-183.
- Chiapello E., Medjad K., 2011, « La privatisation des normes comptables européen, entre succès et remord, in *Droit et régulations des activités économiques : perspectives sociologiques et institutionnalistes*, C. Bessy, T. Delpeuch et J. Péglise (coordinateurs), Paris, L.G.D.J. Lextenso éditions, p.293-308.
- Dezalay Y., « Big Bang » sur le marché du droit. *La restructuration du champ du professionnel des affaires*. Rapport de recherche financée par le Commissariat Général au Plan, 1990.

- Galvez-Behar G., 2006, « Des médiateurs au cœur du système d'innovation. Les agents de brevets en France (1870-1914) », in M.-S. Corcy; C. Douyère-Demeulenaere; L. Hilaire-Pérez (éditeurs), *Les archives de l'invention. Ecrits, objets et images de l'activité inventive*, CNRS; Université Toulouse-Le Mirail, pp.437-447.
- Galvez-Behar G., 2008, *La république des inventeurs*, P.U.R. ,Rennes.
- Gamberdella A., Giuri P., Luzzi A. (2006), « The Market for patents in Europe », LEM Working paper n° 2006/04. <http://ssrn.com/abstract=899539>
- Guellec D., Madiès T., Prager J.-C., 2010, *Le marché des brevets dans l'économie de la connaissance*. Rapport pour le Conseil d'Analyse économique.
- Hadfield G.K., 'The price of law: how the market for lawyers distorts the justice system', *Michigan Law Review*, vol. 98, 2000, p. 953-984.
- House of European Scrutiny Committee, 2012, "The Unified patent court: help or hindrance?: Government Response to the Committee's Sixty-fifth Report of 2010-2012", Second special Report of Session 2012-2013, 17 juillet.
- Lambert I., 2016, Eriger des clôtures autour des idées : le brevet et ses experts. Le cas des Conseils en Propriété Industrielle, Mémoire de l'Ecole doctorale de Sciences Po Paris.
- Lazega E., 2016, « Réseaux et régulation : Pour un institutionnalisme néo-structural », *Revue de la régulation*, 19/1^{er} semestre/Spring.
- Merges, R., 1996, "Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations", *California Law Review*, vol. 84, n°5, pp. 1293-1393.
- Monk A., 2009, The Emerging Market for Intellectual Property: Drivers, Restrainers, and Implications, *Journal of Economics Geography*, (9)4: 469-491.
- Rémiche B., Cassiers, 2010, *Droit des brevets et du savoir-faire*, Bruxelles, Edition Larcier.
- Swanson K., 2009, The emergence of the Professional Patent Practitioner, *Northeastern University*, n°50, p. 519-548.
- Wickers T., *La grande transformation des avocats*, Dalloz, 2014.