

ANR PROPICE

*Propriété Intellectuelle, Communs et Exclusivité
Les nouvelles frontières de l'accès et de l'innovation partagés*

WP 2012-9

Pierre-André Mangolte

Centre d'Economie de Paris Nord – CNRS

PATENTS WARS

Troisième partie :

***Les pools, du cartel à l'abolition partielle
du système des patents***

Work package 1 : « La montée de l'exclusivisme et ses apories »

Document de travail [mars 2012]

PATENTS WARS

Troisième et dernière partie :

Les pools, du cartel à l'abolition partielle du système des patents*

Pierre-André Mangolte

Centre d'Economie de Paris Nord

p.a.mangolte@wanadoo.fr

<http://pagesperso-orange.fr/lepouillou>

[*version 1 - mars 2012*]

Le dernier livrable consacré aux *patents wars* porte sur les différents pools de brevet apparus dans les trois industries étudiées. Ainsi dans l'industrie du cinéma, c'est la *Motion Picture Patents Co* (MPPC), qui en 1908 reçut tous les brevets mobilisés dans les litiges antérieurs. Dans l'industrie automobile, c'est la politique de renoncement d'Henry Ford et un accord de licences croisées, mis sur pied en 1915 par les anciens licenciés du brevet Selden. Dans l'industrie de la construction des avions, c'est la formation en 1917, sous pression du gouvernement américain, d'un accord analogue, la *Manufacturer's Aircraft Association*. Trois pools, trois expériences à analyser et à comparer.

Dans les deux livrables précédents, nous avons pu apprécier pleinement la validité de cet adage juridique du XIX^{ème} siècle : « *Qui terre a, guerre a. Qui brevet a, procès a* » (Renouard, 1843, p. 16); et dans les trois industries analysées dans cette étude, c'est bien cette possibilité de litiges et la guerre des brevets qui explique la création des pools, quel qu'en soit la forme juridique, qu'il s'agisse de l'assignation d'un ensemble de patents à une entité particulière accordant ensuite des licences, ou d'un système de licences croisées, etc.¹. Dans tous les cas, ces pools sont d'abord une façon de clore le conflit antérieur et d'en éviter un nouveau; mais plus fondamentalement, le but est de permettre un développement légal, conciliable avec la loi des patents, des activités de l'industrie. Comme l'écrit Robert Merges dans son papier sur les pools : « *Les patent pools sont des créatures de la nécessité* » (1999, p. 17²); même analyse chez Floyd Vaughan (1956, p. 39), lequel donne comme premières raisons à la constitution d'un pool : (1) sortir d'une situation de brevets bloquants, et (2) limiter ou diminuer de manière importante le coût des litiges³. C'est effectivement une nécessité dans les industries qui sont marquées par de fortes spécialisations, avec existence de nombreuses interrelations techniques⁴.

* Ecrit pour l'ANR – PROPICE / WP 1 – L1.2 (janvier 2012 – mars 2012).

1 Cf. Vaughan, 1925 (ch 2, *Patent pools*), et 1956, p. 39.

2 Les paginations indiquées sont celles de la version pdf.

3 La troisième raison avancée par Vaughan (en 1956) est la « *monopolisation* » ou la « *restriction de la concurrence* ».

4 Cf. Welsh, *Pooling of Patents*, 1935. Pour Welsh, la « *raison d'être* » des pools de patent est le phénomène des brevets bloquants, qui se multiplient compte-tenu des caractéristiques particulières de l'industrie dans sa forme moderne. Celle-ci en effet est de plus en plus souvent un « *network of technological interrelations thus created*

Passé ce point commun, et le constat de cette « nécessité », Merges et Vaughan présentent deux approches légèrement différentes du phénomène des pools, et cette différence est intéressante pour notre propre analyse. Ainsi en 1999, Merges laisse volontairement de côté l'utilisation du pool de brevets pour couvrir un cartel, et monopoliser les activités d'une industrie à partir des différents monopoles légaux au moyen d'un système de licences. Dans son analyse, il ne s'intéresse qu'à un certain type de pool, avec comme exemples particuliers les accords historiques de licences croisées de l'automobile et de l'industrie des avions, deux accords qui font partie de notre étude. Il les pose alors comme des institutions servant à gérer des droits collectifs basés sur des droits de propriété intellectuelle (qui eux sont individuels). Le pool sert alors aux transactions technologiques, et à réduire les coûts de transaction, par l'organisation d'un ordre juridique privé, qui substitue au marché des droits et aux négociations inter-individuelles des règles communes d'échange et de partage. Merges cite d'ailleurs les *patent pooling hearings* de 1935 au Congrès américain : « ces accords ont en commun le principe qu'à l'intérieur de l'industrie, le monopole individuel créé par les brevets est aboli dans la forme que lui donne le statut et un système différent lui est substitué en harmonie avec les besoins de cette industrie » (cité par Merges, 1999, p. 19).

L'analyse de Merges est très marquée par les débats internes de l'école néo-institutionnaliste américaine, et par la théorie économique des « *property rights* », et très différente de celle que Vaughan donne dans son premier livre de 1925 et dans son ouvrage de 1956 du phénomène du brevet pool. Ainsi en 1925, Vaughan n'analyse les pools que comme des moyens de restreindre la concurrence et d'établir des monopoles industriels, et les exemples ne lui manquent d'ailleurs pas, avec en particulier la *Motion Picture Patents Co* (Vaughan, 1925, p. 52-58). Cette approche, qui laisse complètement dans l'ombre le cas de l'automobile et de la construction des avions, est typique d'une époque marquée par une confrontation directe entre la vieille loi des brevets et la nouvelle législation antitrust. En 1956, il développe à peu près la même approche, la « *restriction de la concurrence et la monopolisation* » étant même pour lui la troisième cause de formation d'un pool de brevets; mais consacre cependant une sous-partie dans son chapitre sur les *patent pools* aux « *pools de brevets sans monopole illégal et restriction du commerce* », et parle alors des deux pools de l'automobile et de la construction des avions (Vaughan, 1956, p. 62-68).

Cette comparaison conduit à plusieurs remarques :

(1) Il y a d'abord chez ces deux économistes traitant du même phénomène une différence d'approche. Pour Vaughan le cadre général est donné par les lois américaines; la référence est presque directement juridique, et il s'agit plus spécifiquement de la loi antitrust, le critère de vérité étant ici, en quelque sorte, les décisions de la Cour Suprême. Il s'appuie aussi sur la distinction des économistes (et de la *common law*) entre monopole et concurrence, et sur l'analyse économique

results in a complete interdependence of all branches of mechanized industry in any line of production » (Welsh, 1935, p. 1142), ce qui rentre en contradiction avec la « *structure du système des brevets* », conçue pour un état antérieur de l'activité industrielle (et pour des inventeurs indépendants dont l'importance est d'ailleurs déclinante). Les pools pallient alors à l'inadaptation de la loi, et règle à leur échelle cette contradiction.

traditionnelle du brevet comme un monopole légal, plus ou moins étendu, sur une activité économique ou un marché, un monopole qui peut présenter certains côtés positifs (la vertu incitative, la divulgation, etc.) mais pose cependant problème (l'entrave à la concurrence, etc.). Son analyse des pools est alors en continuité de l'analyse que les économistes font à l'époque du patent et des droits de son propriétaire. Merges se situe par contre dans une perspective différente, celle des « *droits de propriété intellectuelle* », posés dans une référence à Kenneth Arrow, comme des institutions nécessaires pour établir des transactions économiques sur l'information technique, et permettre ainsi sa circulation. Les pools sont alors analysés comme des exemples de systèmes de contrats privés qui organisent ces échanges en diminuant les coûts de transaction. Le grand absent est alors le domaine public, le régime de propriété du droit naturel (ou de la *common law*⁵), et la comparaison directe des pools avec cette institution du domaine public.

(2) Mais derrière cette différence d'approche, on a aussi deux types de pools; car les accords de licences croisées de l'automobile et de la construction aéronautique, comme les pools plus récents cités par Robert Merges (radio, MPEG-2, DVD) n'ont pas les mêmes finalités que les pools construits au moyen de patents afin de « monopoliser » ou « restreindre le commerce » (ces pools qu'analyse plus spécifiquement Vaughan). Ces deux types de pools entrent tous deux cependant dans le cadre de notre étude, la MPPC étant en quelque sorte l'opposé (pour la loi Sherman en tous cas) de l'accord des licences croisées de l'industrie automobile. On va donc analyser cette différence, et voir aussi par ailleurs ce qu'il peut y avoir de commun entre tous ces pools.

(3) Le troisième point important suggéré par la lecture comparée est l'importance de l'évolution du contexte juridique, c'est-à-dire de la loi des patents. Précisons qu'il ne s'agit pas tant de la loi elle-même (relativement inchangée dans ses principes et son énoncé), que de son interprétation, c'est-à-dire des pratiques, des utilisations par les propriétaires de patents de leurs droits. En effet, sous l'influence des procès et de la politique antitrust, le champ réel de l'utilisation des droits a été progressivement limité, et même rétréci, avec une définition de plus en plus codifiée des utilisations permises car jugées légales⁶; ce qui a évidemment conduit à des changements dans les pratiques et dans le type de pool mis en place. Mais cet essor de l'antitrust ne commence réellement que dans les années 1910, pour s'amplifier progressivement à partir des années 1920. Dans la période qui nous intéresse, on est encore au début d'une évolution; et le procès qui oppose le gouvernement américain et la MPPC est justement un *test-case* important pour la loi Sherman dans sa confrontation avec la tradition bien plus ancienne de la loi des patents.

Nous allons maintenant dans une première partie analyser le cas de la MPPC, un pool de

5 Sur ce point, voir le *brief* de l'attorney général dans le procès visant la MPPC (*US v. MPPC*, 1914, p. 194), et son rappel que la propriété en droit naturel est le droit de produire et vendre ce que l'on a soi-même inventé, ou produit avec son travail (un droit non exclusif); et non le droit que le statut accorde à un inventeur particulier, qui est d'exclure les autres de ce droit naturel de propriété.

6 Comme au début des années 1970 les fameuses « *nine no-nos* », définissant neuf pratiques conduisant à déclarer un pool illégal *per se*, automatiquement, sans recourir à la « règle de raison »; ou plus récemment les différentes *Guidelines* du *Department of Justice* des Etats-Unis qui précisent les utilisations des pools compatibles avec l'antitrust, permises donc, et même pour certaines encouragées (cf. Clark et alii., 2000).

brevet qui fut créé dans une situation de brevets bloquants, mais constitue en même temps un exemple typique de cartel, une entente entre producteurs pour « monopoliser » l'industrie du cinéma aux Etats-Unis. Dans une *deuxième partie*, nous traiterons plus spécifiquement du *test case* que constitue le procès et la condamnation de la MPPC pour son infraction à la loi Sherman. La *troisième partie* portera sur le deuxième type de pools, les pools « vertueux » (1) dans l'industrie automobile tout d'abord, avec la politique d'Henry Ford et l'accord de licences croisées des anciens licenciés de L'ALAM, (2) dans l'industrie des avions ensuite, avec la *Manufacturers Aircraft Association*. Notre quatrième partie conclura l'ensemble.

I. La MPPC, un pool de patents, un cartel de producteurs

Au début 1907, quand le conflit juridique sur les caméras entre dans sa dernière phase, l'industrie du cinéma est en pleine transformation aux Etats-Unis, une transformation d'ailleurs totalement indépendante de la question des patents. Le spectacle cinématographique, jusqu'ici plutôt temporaire ou itinérant (cas du cinéma forain en Europe) devient sédentaire et permanent, avec l'apparition de salles exclusivement dédiées aux projections. Aux Etats-Unis, où la majorité de la population, accrue par les grandes vagues d'immigration de la fin du XIX^{ème} siècle, était concentrée dans les villes, c'est l'essor spectaculaire à partir de 1905 des *nickelodéons*. Une nouvelle catégorie d'acteurs apparaît alors aux Etats-Unis, celle de l'exploitant ne produisant ni films ni appareils, mais possédant une, deux, trois,... bientôt tout un réseau de salles. tant l'accumulation du capital est alors rapide dans cette partie de l'industrie.

Avec l'apparition des nickelodéons, le spectacle devient permanent, et la gestion des copies positives change en conséquence. Les films projetés doivent en effet être renouvelés régulièrement, sous peine de voir chuter la recette aux caisses. La gestion du stock de films se transforme alors, car la simple possession d'un stock à rotation lente, comme c'est le cas dans le mode forain de la France et de l'Angleterre est devenue irrationnelle, et même impossible dans le contexte américain⁷. Des systèmes d'échanges, de distribution et de location de copies positives s'intercalent alors dans la filière cinématographique entre la production et l'exploitation des films. Ils assurent le renouvellement des programmes et la circulation des films de salle en salle, en faisant progressivement disparaître la vente directe des copies aux exploitants. C'est une activité nouvelle qui se met alors en place avec ses propres tâches, la gestion des contrats et des relations avec les producteurs d'un côté, avec les exploitants de l'autre, mais aussi la gestion logistique (constitution d'un stock de copies, distribution physique de celui-ci, ordonnancement des retours, etc.). Elle débouche bientôt sur l'organisation des programmes (avec des offres groupées accompagnées de publicité). Cette nouvelle activité de la distribution tire sa force et ses ressources de son rôle

⁷ Aux Etats-Unis, les premiers systèmes de location apparaissent vers 1903-1904, à San Francisco (les frères Miles), Chicago, Boston, etc., ce qui est un indice de la transformation des pratiques de l'exploitation. La location des bobines se substitue alors au système antérieur, c'est-à-dire l'achat direct des copies par des exploitants indépendants ou l'achat d'un service complet incluant films, appareil et projectionniste, par les théâtres, les vaudevilles, etc.

d'intermédiaire, un intermédiaire de plus en plus incontournable, à partir du moment où le spectacle se sédentarise et devient permanent.

Dans l'industrie du film, toutes les recettes à cette époque, si on laisse de côté la vente des appareils, sont réalisées en aval au niveau de l'exploitation, des recettes partagées à travers les contrats d'achat (ou de location) entre les producteurs, les loueurs, et les exploitants. L'émergence des systèmes de distribution-location déstabilise la règle antérieure du partage, un partage qui se faisait sur le marché des copies positives, avec un système de prix à peu près unifié, et une pleine transmission des droits de propriété (et d'usage) sur les copies lors de la vente. Mais avec l'apparition de la distribution et le passage à la location, cette organisation autour d'un marché central est remise en cause. Le partage de la valeur réalisée aux caisses peut désormais changer suivant les situations, les positionnements relatifs, la capacité de négociation, bref, l'état du rapport de force dans la filière. Les modèles économiques existants vont alors évoluer avec une même tendance à l'intégration verticale dans la filière, une intégration autour du maillon stratégique qu'est la distribution. Cela se fera cependant de manière différente en France et aux Etats-Unis, un pays où le poids des *patents* et la monopolisation au moyen de titres se superposent à cette tendance plus profonde.

La formation de la Motion Picture Patents Company

Le jugement du 5 mars 1907⁸ avait donné l'avantage à Edison, en posant comme illégales toutes les caméras en usage, à l'exception du vieil appareil de la Biograph. Cette année fut par ailleurs aux Etats-Unis une année de panique bancaire et de crise économique⁹, qui conduisit les loueurs (et les producteurs) à s'associer afin de limiter la concurrence et la baisse des prix. Des négociations s'engagent alors entre Edison, les autres producteurs de films, George Eastman (le producteur de film vierge), et les représentants de la distribution, en vue de constituer à partir des brevets d'Edison une espèce de cartel. William Gilmore, le directeur général d'Edison cède bientôt sa place à Frank Dyer, l'avocat en charge de la guerre des patents, lequel venait de remporter le procès sur les caméras; et en décembre 1907, il précise au congrès des loueurs de Chicago la base juridique – et l'étendue – du futur cartel en voie de constitution. Selon lui, toute personne employant un film (pour la prise de vue ou la projection), c'est-à-dire « *un ruban de pellicule photographique ininterrompu, transparent ou translucide, portant sur sa surface des photographies de dimensions uniformes, équidistantes....*, etc. », utilisait les patents d'Edison et devait donc obtenir une licence. Ce qu'il mettait en avant n'était donc pas le premier *patent reissue* de 1902 sur la caméra, mais bien le deuxième portant sur le film¹⁰. Sur cette base, toutes les activités de prise de vue, de location et de projection devaient paiement à Edison.

⁸ Voir l'étude précédente *Patents Wars*, 1ère partie, *Brevet d'invention et patent, une comparaison*, III, 1, p. 22.

⁹ Une des conséquences de cette panique fut quelques années plus tard la création de la banque centrale, le Système Fédéral de Réserve (en 1910), afin de doter l'économie américaine d'un prêteur en dernier ressort.

¹⁰ Voir l'Annexe B dans l'étude précédente *Patents Wars*, 1ère partie, et plus particulièrement le point 2 sur les *reissues* #12037 et #12038.

En janvier 1908, un accord fut scellé sur ce principe avec les producteurs américains, Charles Pathé et Méliès. Neuf sociétés s'engageant alors à n'utiliser que des appareils Edison, à verser ½ cent par pied de film vendu, et à défendre les droits d'Edison contre tous les contrefacteurs en imposant une obligation de licence aux loueurs et aux exploitants. Du côté des loueurs, la moitié acceptèrent les conditions de Frank Dyer, c'est-à-dire payer une licence annuelle de 5000 \$ avant même de pouvoir distribuer quoi que ce soit. Ceux qui refusèrent étaient sans grande surface financière, et de l'avis général condamnés à disparaître. L'ensemble de l'industrie était donc réorganisé, à l'exception cependant des importateurs (comme Gaumont, l'Urban Trading, la Nordisk, etc.) dont l'éviction du marché était évidemment programmée, et de la Biograph, le principal adversaire d'Edison jusqu'ici devant les tribunaux. Dans le contexte de la panique de 1907, cette société est cependant réorganisée par Jeremiah J. Kennedy, un homme d'affaire sans expérience en matière de cinéma, mais qui racheta immédiatement quelques brevets importants sur la projection (les *patents* d'Armat et des frères Latham). Il pouvait donc relancer la guerre des brevets sur un autre front. La perspective d'une situation de blocage, où les deux adversaires se paralysant mutuellement, paralyseraient toute l'industrie, poussait au compromis, ce qui était d'ailleurs le but recherché par le nouveau directeur de la Biograph. En décembre 1908, l'accord fut finalement conclu, donnant naissance à un pool de *patents*, avec formation d'une société, la *Motion Picture Patents Company*. Cette société, qui devait recevoir les brevets d'Edison (le patent de 1895 et les deux *reissues*), ceux de la Biograph, de l'Armat Cy et de la Vitagraph, était aussi un cartel de producteurs, regroupant, autour d'Edison et de la Biograph, les compagnies Vitagraph, Kalem, Lubin, Selig, Essanay, ainsi que Méliès, déjà sur le déclin, et Pathé, une firme bien trop importante pour être laissée à l'écart d'une quelconque réorganisation de l'industrie.

Rappelons qu'en 1907, la plupart des films projetés sur les écrans américains étaient importés d'Europe, un tiers du marché total étant occupé par Pathé, un autre tiers par différents importateurs français (Gaumont), anglais, italiens, etc., le dernier tiers étant fournis par les producteurs américains. Au moment où se constitue la MPPC, la Vitagraph est d'ailleurs, par le nombre de films réalisés, le plus important producteur américain. Ensuite viennent Lubin, Selig, la Biograph, puis... l'Edison Manufacturing Cy, et loin derrière Kalem et Essanay, deux très petites compagnies. Edison, un producteur peu important sur le plan commercial, réalisait cependant son but en établissant des prélèvements sur l'ensemble de l'industrie (Bowser, 1990).

Le but du cartel était la réorganisation de l'industrie des *motion pictures*, avec comme premier aspect l'exercice en commun des droits issus des brevets. La formule du pool supprimait toute reprise des litiges judiciaires entre les différents titulaires et membres du cartel. Le pool prenait à sa charge par contre les poursuites qui devraient être engagées contre les contrefacteurs, c'est-à-dire tous les producteurs, importateurs, loueurs et exploitants non licenciés par la MPPC. En dehors du cartel, nul ne devait avoir le droit de produire et de vendre un seul film aux Etats-Unis, sauf à obtenir de la MPPC une licence d'utilisation en échange de différentes royalties, ce que

Frank Dyer résumait de la manière suivante : « *Seuls pouvaient être projetés en Amérique des films agréés, tournés par des producteurs agréés sur des caméras agréés, avant d'être loués par des loueurs agréés pour être projetés par des exploitants agréés dans des salles agréées, sur des projecteurs agréés* » (cité par Sadoul, 1948, II, p. 473-474). Les fabricants de machines (caméras et projecteurs) devaient acquitter un droit de 5 \$ par appareil; les producteurs du cartel, soit l'ensemble de la production américaine de l'époque, un droit d'1/2 cent par pied de pellicule utilisée ou vendue. Un accord de fourniture exclusive fut parallèlement passé avec George Eastman afin d'empêcher toute production indépendante de films¹¹; et pour faciliter la comptabilité, les prélèvements sur les films furent intégrés dans le prix de la pellicule utilisée pour les prises de vue (négatifs) ou le tirage des copies positives. Les loueurs devaient payer une licence annuelle de 5000 \$, et les exploitants acquitter un droit de 2 \$ par semaine pour l'usage de leur projecteur, achat en sus, et ceci même quand l'appareil avait été acheté avant 1908. Le principe était donc de faire-acquitter des droits à tous les niveaux, sur la production des appareils, sur les films, sur les tournages, sur la distribution, sur la projection. Les royalties ainsi collectées étaient ensuite réparties 50-50 entre Edison et la Biograph. « *L'organisation [de ces prélèvements par la MPPC] rapporta ainsi à Edison - au moins jusqu'en 1912 - quelques deux millions de \$ par an* » (Mitry, 1967, p. 171).

La réorganisation de l'industrie présentait cependant un deuxième aspect, avec un passage général à la location (la vente directe des films disparaissait, sauf dans le cas des exportations), et la définition d'un ensemble de règles uniformes, fixant dans le détail les relations dans toute la filière. Ainsi les membres du cartel, producteurs ou importateurs agréés, s'engageaient à ne louer qu'aux loueurs licenciés par la MPPC¹². Un système de liste des loueurs agréés et de liste noire, avec mise à jour régulière, fut donc établi. De même, les loueurs agréés s'engageaient à ne pas s'approvisionner auprès de producteurs ou importateurs non licenciés, et à ne fournir que des exploitants licenciés, qui eux-mêmes s'engageaient à ne projeter que des films licenciés. Comme la norme était maintenant la location, les films devaient être automatiquement retournés dans un délai de quatre mois à leur propriétaire pour destruction. Les prix de location furent fixées d'ailleurs de manière uniforme, avec une augmentation de 25 % sur les prix pratiqués jusqu'ici. Toutes ces règles étaient inscrites dans les licences et les contrats passés par la MPPC, et rappelées sur chaque machine et chaque boîte de film par une étiquette. L'objectif était d'abord de contrôler l'approvisionnement en pellicules vierges avec Eastman, et de contrôler ensuite la circulation des copies positives, afin de pouvoir facilement interdire en cas de besoin toute activité aux loueurs et exploitants qui ne respecteraient pas les règles, en les inscrivant sur une liste noire et en leur refusant tout approvisionnement en copies positives.

11 L'essor de la production des indépendants conduisit cependant assez vite Eastman à ne pas respecter cet accord (voir la note 16 ci-après).

12 Sur les 250 loueurs recensés à cette époque aux Etats-Unis, 130, les plus importants, acceptèrent de payer ces 5000 \$ par an pour avoir le droit de recevoir et louer les films du cartel. Les autres formèrent en mars 1909 l'*Alliance des Indépendants*.

La General FilmCo et les producteurs indépendants

Analytiquement, la *Motion Picture Patents Company* relève de deux modèles économiques différents. Le premier est logiquement relié aux *patents*, avec le contrôle des usages et l'organisation de différents prélèvements, les sommes perçues étant ensuite reversées à Edison et à la Biograph. De ce point de vue, la MPPC n'est qu'un ensemble de règles, de dispositifs et de politiques dont la seule finalité est d'imposer et de contrôler ces prélèvements. Le principe d'une taxation généralisée de l'ensemble des activités par la MPPC, et très vite, le retour des poursuites juridiques, visant les loueurs et les exploitants non licenciés ou les producteurs indépendants, découlent directement de ce premier modèle économique. Mais la MPPC est aussi un regroupement de producteurs de films, qui aurait pu, indépendamment de tout *patent*, exister; des producteurs qui devaient aussi tirer leur revenu de leur propre production, ce qui constitue en soi un deuxième modèle économique. Le premier modèle surdéterminait cependant largement l'autre, plus proprement industriel et commercial, et était étroitement lié à lui. L'échec du cartel et du projet de monopolisation (avec condamnation du pool des *patents*) devait d'ailleurs conduire à la disparition de ces deux modèles économiques (Anderson, 1976).

La MPPC était une entente de producteurs qui avait dès le départ deux objectifs : (1) reconquérir le marché intérieur et éliminer les films étrangers des écrans américains, à l'exception de ceux de Charles Pathé et de George Méliès, ce qui fut fait; en 1907, plus de 60 % des films projetés aux Etats-Unis étaient d'origine étrangère, mais fin 1909, la proportion était déjà tombée en dessous des 50 %, une part qui devait continuer à diminuer jusqu'à la première guerre mondiale (Bowser, 1990, p. 23). (2) réorganiser l'ensemble de l'industrie, en standardisant les règles de distribution des films et les pratiques de l'exploitation. Pour les producteurs, l'enjeu était le contrôle du maillon décisif de la distribution, dont dépendait leur accès aux recettes issues de l'exploitation; il en était de même pour les exploitants, mais pour eux, le problème était l'accès aux films. L'essentiel de la valeur produite dans l'industrie n'avait en effet plus comme origine la vente des appareils (sous patents) ou la vente directe de films sur un marché autonome, mais provenait plutôt de cette activité de distribution et de location de copies positives. On peut ainsi noter que les innovations introduites à l'époque : principe des taux uniformes de location (le prix étant fixé forfaitairement en fonction de la longueur du film), quantités minimales, programmes exclusifs, etc. sont communes aux producteurs de la MPPC et aux « indépendants »; et le même mouvement d'intégration, directement, par contrôle capitalistique, ou indirectement, par contrats et systèmes de licence, de la production vers la distribution et l'exploitation pour la MPPC, de la distribution et exploitation vers la production pour les indépendants, est caractéristique de l'ensemble de l'industrie américaine du cinéma à partir de 1909. La principale différence entre la MPPC et les indépendants réside dans le fait qu'au niveau de la MPPC la tendance qui l'emporte est la monopolisation et la centralisation, même si chaque producteur reste le maître de ses propres

tournages. Les indépendants par contre ne constituèrent jamais un cartel, et restèrent à tous les niveaux en rivalité les uns avec les autres.

Du côté de la MPPC, la *General Film Company* (plus connue par la suite comme *Filmco*) apparut en avril 1910. C'était au départ une ombrelle pour tous les réseaux d'échange (*rental exchanges*) sous licence MPPC. Il y en avait alors encore 69 sous licence. En 20 mois, la *Filmco* en racheta 68 et dix virent leur licence supprimée. Seul, le *Greater New York Film Exchange*, le réseau très étendu de William Fox resta sous licence (temporairement) tout en conservant son indépendance de gestion. Les producteurs du cartel restaient maîtres de leurs tournages, mais il y avait maintenant une seule agence de distribution commune. Pour Jeremiah J. Kennedy, président de la *Filmco*, il fallait rationaliser et standardiser la distribution et l'exploitation. Unification des prix, gestion des retours et de l'ordonnancement, classification des théâtres par taille et zone, location par lots (*block-booking*), système d'exclusivité (*first run*, etc.), la plupart des principes qui devaient s'imposer et devenir des normes de l'ensemble de l'industrie après la première guerre mondiale, furent alors expérimentés.

Pour la *Filmco*, la règle était la standardisation, à l'imitation des autres industries, un principe facilitant la gestion de la distribution, avec comme politique officielle de « *ne tenir aucun compte des films pris individuellement, ou des acteurs, ou des metteurs en scène* », et d'appliquer le même taux de location à tous les films (et à tous les théâtres), un prix fonction du métrage retenu (*flat rate per foot*). Il en coûtait alors 10 cts par pied de film, ce prix représentant une évaluation du coût de production moyen d'un tournage, auquel était ajouté une marge conventionnelle. Les films étaient donc assimilés à des produits manufacturés, avec comme seule différenciation la marque de fabrique (*Edison Manufacturing Cy, Lubin Manufacturing Cy, Biograph Cy, Vitagraph Manufacturing Cy, etc.*)¹³. Le principal problème pour Kennedy était d'assurer un approvisionnement régulier du marché en quantité suffisante avec des produits standards, une conception absurde pour une industrie comme le cinéma, où les mêmes investissements peuvent donner des résultats complètement différents, et où l'accueil réservé au film par le public dépend plus de la qualité du scénario et la mise en scène, ou des acteurs, que du coût de production. Mais « *la plupart des hommes qui dominaient ces compagnies à l'époque n'avaient jamais été des exploitants et ne faisaient aucun effort pour découvrir ce qui pouvait plaire au public* » (Huettig, 1944, p. 18). Ainsi, Jeremiah Kennedy restait sourd face à ceux qui souhaitaient pouvoir projeter ou tourner des films avec des scénarios plus élaborés, des histoires plus complexes et plus longues, plus susceptibles d'attirer les spectateurs, en imposant même éventuellement des prix d'entrée plus élevés. La politique de la *Filmco* restait de ne pas augmenter les prix, et aucun film ne devait dépasser les deux bobines maximum.

La situation des indépendants était différente, étant pour la plupart issus de l'exploitation ou à la tête de réseaux d'échanges. Dès 1909, ils formèrent l'*Independent Moving Picture Alliance*,

¹³ Le nom des metteurs en scène ou des acteurs n'apparaît ainsi, ni au générique du film, ni dans les affiches, ni dans les publicités.

afin de trouver les moyens de poursuivre leurs propres activités, et de combattre le « trust » en faisant front commun face aux poursuites juridiques de la MPPC (Bowser, 1990, p. 74). Leur problème principal était de trouver des films à projeter. Ils se tournèrent d'abord vers les importations, puis investirent dans la production; ce qui déclencha un mouvement général d'intégration verticale à partir de l'exploitation, avec apparition ici de nouveaux producteurs de films¹⁴. Pour cela, il leur fallait du film vierge et des appareils. Dès janvier 1909, il fut décidé de produire la caméra Bianchi (de la Columbia), un appareil qui utilisait un mouvement continu, et échappait ainsi aux *patents* d'Edison. Cette caméra était cependant bien imparfaite, mais elle pouvait servir de couverture pour l'usage d'autres caméras « illégales » aux yeux de la MPPC¹⁵. Pour leur approvisionnement en pellicules, les indépendants passèrent un accord avec l'agent des Frères Lumière aux Etats-Unis, Jules Bulatour¹⁶. Les tournages purent commencer et la production indépendante prit son essor, malgré les poursuites judiciaires et les expéditions des hommes de main de la *Filmco*. Issus de l'exploitation, les indépendants suivirent l'exemple européen (et français), en investissant dans les scénarios, les metteurs en scène, et les acteurs¹⁷, et en augmentant la durée des films pour tourner des longs métrages, des pratiques plus coûteuses mais payantes au niveau des salles.

En juin 1910, les indépendants distribuaient déjà 21 bobines par semaine contre 30 dans le réseau des licenciés de la MPPC; et il y avait alors 3000 théâtres indépendants contre 7000 licenciés (Bowser, 1990). Devant le succès de ces productions, les exploitants licenciés finirent par s'émanciper des règles, en combinant dans leurs programmes des films indépendants et des films sous licence. Il en est de même pour certains producteurs du cartel, mécontents du service de distribution de la FilmCo¹⁸. Dans ce cartel en effet, comme les prix étaient bloqués, la seule façon d'augmenter les profits pour les producteurs était de multiplier le nombre de films loués. Mais la rationalisation de la distribution organisait à l'avance et limitait le nombre de copies diffusées, sans tenir compte d'ailleurs du succès éventuel de tel ou tel film dans le public, ce qui allait évidemment

14 En 1909, sont ainsi fondées la *Bison* (de Kessel et Bauman), l'*Independent Motion Pictures* (IMP) de Carl Laemmle, la *Rex Cy* de Swanson, et la *Powers Cy*, dont le film en trois bobines, *La vie de Buffalo Bill*, rencontra un tel succès que certains exploitants quittèrent la MPPC pour pouvoir projeter le film (Sadoul, 1951, p. 59). Voir aussi Bowser (1990, p. 76 et suivantes).

15 Les appareils vendus par la MPPC comportait tous une plaque limitant leur utilisation à la projection ou au tournage de films sous licence (principe du *tying arrangement*, déclaré illégal par le Clayton Act en 1915; voir le point suivant et l'Annexe B). Les indépendants utilisèrent alors la caméra Bianchi comme couverture, en dissimulant à l'intérieur un appareil plus efficace, mais litigieux. Un tel dispositif fut saisi lors d'une descente de police, et donna lieu à poursuites (Staiger, 1983, p. 55).

16 Peu après, George Eastman s'entendit avec Jules Brulatour pour fournir discrètement aux indépendants les pellicules dont ils avaient besoin, le film vierge produit par Eastman étant mis sous l'étiquette des frères Lumière. En février 1911, les achats des indépendants étant devenus aussi importants que ceux de la MPPC, et la procédure anti-trust étant engagée, Eastman dénonça officiellement l'accord avec la MPPC.

17 En mars 1910, des journaux américains titrent sur « *La disparition de la Biograph girl* » (Florence Lawrence en fait). C'était un coup de pub, l'actrice étant passé à l'IMP (de Laemmle). Elle fut peu après suivie par Mary Pickford. A la différence de la politique officielle des producteurs de la MPPC, les indépendants investissaient donc dans les « stars »; *Famous Players Film Company*, la compagnie de Zukor, est ainsi fondée en 1912. Par ailleurs, ils n'hésitaient pas à se disputer les acteurs et actrices les plus populaires.

18 Sur ce point, voir en particulier Staiger, 1983, p. 60-61, et Bowser, 1990, p. 84. Voir aussi Thomas (1971, p. 38-40).

à l'encontre des intérêts des producteurs. La tentative de monopolisation de l'industrie devait ainsi échouer, avant même sa condamnation officielle au titre de l'anti-trust le 15 octobre 1915.

II. La loi Sherman et la loi des patents, *US vs MPPC and others*

En octobre 1911, la General Film Co racheta 55 loueurs et annula les licences d'une dizaine d'autres. Elle proposa à William Fox de lui racheter son propre réseau, le *Greater New York Film Rental Company*, à un prix que celui-ci jugea nettement insuffisant. Sa licence fut alors annulée, et son approvisionnement en films coupé en décembre 1911. Son avocat déposa alors une plainte contre la MPPC et la FilmCo dans le cadre de la loi antitrust; mais en février 1912, le tribunal le débouta affirmant que la MPPC avait bien un droit contractuel d'annuler la licence de Fox; le juge remarquait cependant que la MPPC « *pouvait constituer un monopole illégal et une restriction au commerce* »¹⁹ (Staiger, 1983, p. 55). En février 1913 en appel, cette décision fut même confirmée. Entre temps cependant, en août 1912, le Ministère de la Justice reprit à son compte la plainte des indépendants en engageant des poursuites au titre de la loi Sherman contre la MPPC²⁰. Pour le Ministère de la Justice, l'importance de ce procès dépassait très largement l'industrie des *motion-pictures*; c'était un *test case*, qui devait contribuer à fixer les limites et les rapports respectifs de la vieille loi des patents et de la nouvelle législation antitrust.

Les patents pools et la loi Sherman

En 1890, le congrès américain avait voté la loi Sherman, déclarant illégal et criminel (*act of felony*) tout complot conduisant à monopoliser ou restreindre le commerce au niveau fédéral, c'est-à-dire spécifiquement le commerce entre les différents Etats ou avec les nations étrangères. De plus, dans certains Etats des Etats-Unis, une législation antitrust existait déjà. Mais la décision du Congrès ne freina guère, au départ du moins et pendant une bonne vingtaine d'années, la concentration des firmes et la constitution de « trusts », de cartels, et d'autres combinaisons en vue d'abolir ou restreindre la concurrence. C'est sans doute du en partie à une décision de la Cour Suprême de 1895, qui cassa la condamnation antérieure d'un cartel, sous prétexte que celui-ci, n'étant constitué qu'au niveau d'un Etat, échappait donc au domaine de la loi fédérale, laquelle ne pouvait s'appliquer qu'au commerce entre les Etats²¹. Par prudence cependant, les hommes d'affaires, conseillés par leurs avocats, changèrent partiellement leurs pratiques, en abandonnant les vieilles formes juridiques (« trust », etc.), pour une utilisation plus systématique des patents et des combinaisons de patents, afin de constituer des monopoles industriels. Et les pools de brevets se multiplièrent dans les années 1890. Tous portaient en effet de l'idée que les patents étant par

19 Voir Staiger, 1983, p. 55. Cette décision était conforme à une décision précédente de 1910 (*MPPC v. Ullman et al.*), où le juge avait estimé que les licences issues des patents devaient être respectées, même si ces patents étaient regroupés et possédés dans le cadre d'une combinaison illégale pour la loi Sherman.

20 Cette question dominait d'ailleurs le débat politique du moment : « *Never before and never again would antitrust be so central to a Presidential campaign as in 1912..* » (Hart, 2001, p. 926); voir aussi Sadoul, 1951, p. 63-64.

21 Cf. *United States v. E. C. Knight Co* (1895), plus connu comme le *Sugar Trust Case*.

nature des monopoles légaux, les législations antitrust ne pouvaient s'appliquer ici. Selon la formule de l'époque, le détenteur d'un patent était en effet « *comme un tsar dans son propre domaine* » (MacKeigan, 1946). L'utilisation combinée des patents pouvaient donc immuniser contre les lois antitrust²².

Une première affaire importante, celle du cartel des hersees devait d'ailleurs justifier temporairement cette approche²³. En 1897, la Cour Suprême de l'Etat de New York avait condamné, comme contraire à la législation antitrust de l'Etat, la *National Harrow Cy of New York*; mais en 1902, la Cour Suprême fédérale cassa cette décision, en jugeant que l'ensemble des contrats en présence étaient valables. « ... *la règle générale est une liberté absolue dans l'utilisation ou la vente des droits dans les lois des patents des États-Unis. L'objet même de ces lois est le monopole, et la règle est, à quelques exceptions près, que toutes les conditions (...) imposées par le breveté et acceptées par le licencié pour le droit de fabriquer, ou d'utiliser, ou de vendre l'article, seront confirmées par les tribunaux. Le fait que les conditions dans les contrats ont pour but de maintenir le monopole ou de fixer les prix ne les rendent pas illégales* » (*Bement & Sons, v. National Harrow Cy*, mai 1902²⁴). La Cour posait donc comme légitime toute combinaison de patents par contrat, quel qu'en soient les résultats, au lieu de limiter le « monopole » du patent aux droits spécifiques inscrits dans le statut, qui n'incluait pas le droit de combiner le patent avec d'autres. Une décision si favorable aux combinaisons de patents visant la monopolisation fut alors régulièrement invoquée dans tous les procès ultérieurs au titre de l'antitrust, y compris celui de la MPPC.

On a alors, après 1902, différentes interprétations et décisions contradictions. Quand la *Consolidated Seeded Raisin Cy*, un pool de patents, est attaquée en justice en 1903, le tribunal déclare ce pool légal, en faisant directement référence à *Bement v. National Harrow Cy*, confortant ainsi l'idée qu'en matière de patent, la loi Sherman ne pouvait s'appliquer. Dans l'affaire *Rubber Tire Wheel Cy v. Milwaukee Rubber Works Cy* (le *Rubber case*), un procès pour recouvrement de royalties, l'accord de licences croisées est dans un premier temps déclaré illégal, mais, en appel, l'interprétation est différente; le juge estimant que les licences pouvaient imposer aux licenciés la participation à un pool ayant pour but le contrôle des prix et des productions, et que de plus, ce pool n'était pas contraire au *Sherman Act*, car si le titulaire du patent se réservait la production, il agirait de même. Ce cas fut porté à la Cour Suprême en 1908, mais un compromis entre les parties ayant été conclu (*dismissed per stipulation*), il n'y eu aucun jugement sur le fond. Dans l'affaire *Indiana Manufacturing Cy v. Case Manufacturing Cy*, le premier jugement donna là encore raison au défendeur poursuivi pour violation de licence, avec comme argument que la loi des

22 Dans son ouvrage de 1956 sur le système américain des patents (p. 40), Vaughan distingue ainsi trois périodes dans l'histoire judiciaire des patents pools. (1) De 1789 à 1909, c'est une approbation systématique; (2) De 1909 à 1942, c'est la désapprobation progressive dans une confrontation avec l'antitrust; (3) Après 1942, cette désapprobation se renforce nettement, avec par exemple l'imposition de licences obligatoires par les tribunaux (ou par *consent decree*).

23 Pour toute cette partie sur l'évolution de la jurisprudence, voir Vaughan, 1925, ch. II, p 36-51, et 1956.

24 Cf : <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/186/70>

patents n'autorisait pas la formation d'un monopole sur un produit par combinaison de patents portant simplement sur des composants particuliers et différents, entrant tous cependant dans la fabrication du produit. Mais en appel en 1907, la décision fut renversée, des articles couverts par des patents ne pouvant selon le juge relever de la loi Sherman, qui traitait d'un genre de commerce (ou *trade*) différent. C'était le même juge qui avait jugé en appel, de la même façon, et avec un raisonnement analogue, le *Rubber case*²⁵.

En janvier 1909, cependant, dans *Blount Manufacturing Cy v. Yale and Towne Manufacturing Cy*, la Cour Suprême devait préciser les rapports entre les deux législations, celles des patents et celle de l'antitrust. Les entreprises en présence, propriétaires de différents brevets, avaient formé avec d'autres un pool qui, selon les termes de la Cour, visait « *le contrôle des prix, le partage des profits, l'élimination de la concurrence, et des restrictions à l'innovation* ». La Cour distingua tout d'abord les monopoles accordés légalement par les patents et le monopole établi par la combinaison. Les contrats prolongeant simplement le monopole sur les inventions particulières, coextensifs donc des droits accordés, ne contredisaient pas la loi Sherman. La combinaison par contre qui pouvait étendre ce monopole aux produits et au commerce entre les Etats, dépassait les droits accordés par la loi des patents et relevait alors de la loi Sherman; ce qui était, jugeait la Cour, le cas ici. Un contrat entre deux titulaires de patents décidant de supprimer toute concurrence entre eux était manifestement illégal, affirmait la Cour, car ne découlant pas des patents, mais découlant de cet accord. Elle précisait ensuite les rapports entre les deux lois, présentant ainsi sa nouvelle jurisprudence. Ces deux lois devaient être vues comme complémentaires, ayant chacune un but et un champ différent. La loi des patents créait bien une sorte de monopole, mais rien qui ressemblait à ce que la loi Sherman interdisait.

C'est dans ces années là que la législation antitrust commence à être réellement appliquée au niveau fédéral, avec en particulier deux décisions très importantes de la Cour Suprême en 1911, la condamnation et la dissolution le même mois de mai de la *Standard Oil of New Jersey* (le 15) et de l'*American Tobacco Cy* (le 29). Dans l'année qui suivit en novembre 1912, la Cour devait confirmer la jurisprudence de *Blount Manufacturing Cy v. Yale and Towne Manufacturing Cy*, par une autre décision (*Standard Sanitary Manufacturing Cy v. United States*, connu à l'époque comme le *Bath-tub case*), en jugeant que le monopole découlait principalement de la combinaison des patents entre eux, et était donc bien une violation de la loi Sherman. La Cour déclarait même : « *Dans ce cas, l'élément supplémentaire du patent ne peut conférer l'immunité pour une telle condamnation... Et cela, nous le disons sans entrer dans l'examen de la distinction des droits par lesquels le gouvernement soutient un article breveté et un outil breveté utilisé pour la fabrication d'un article non breveté. Les droits conférés par les brevets sont en effet très précis et étendus, mais ils ne donnent pas plus que d'autres droits une licence universelle contre les interdictions positives. La loi Sherman est une limitation des droits, des droits qui peuvent être poussés jusqu'à*

25 Ce cas remonta à la Cour Suprême, mais là encore, *dismissed per stipulation*, sans décision sur le fond.

des conséquences néfastes, et sont donc restreints » (Standard Sanitary Manufacturing Cy v. United States²⁶).

Dans l'acte d'accusation de la MPPC pour violation de la loi Sherman, l'attorney général, rédacteur du *brief US v. MPPC* (1914), reprend évidemment cette décision de la Cour Suprême, selon laquelle les patents (pas plus que les copyrights²⁷) ne peuvent servir à violer la loi Sherman. Citant plusieurs opinions de différents juges, il explique alors que « *les lois des patents et la loi Sherman ne sont pas en conflit, mais dans leurs domaines respectifs mutuellement exclusives l'une de l'autre* » (p. 194). Il analyse alors la nature du droit conféré par le patent. Ce « *n'est pas le droit de faire, d'utiliser et de vendre la chose sous brevet, car ce droit existe en vertu de la common law et indépendamment du statut des patents. Le seul droit que les lettres patentes accorde est le droit d'interdire à toutes les autres personnes la fabrication, l'utilisation, et la vente de la chose sous brevet sans l'autorisation du détenteur du brevet* » (p. 194). Or le droit de production et de vente d'un produit breveté est soumis aux réglementations et régulations des Etats, tout comme d'ailleurs celles des produits non brevetés. Ainsi une huile sous patent peut être interdite à la production et à la vente (*Patterson v. Kentucky*, 1878²⁸), cette huile ayant été jugée dangereuse pour la santé dans son utilisation pour l'éclairage. Les lettres patentes ne sont donc pas une autorisation à produire et vendre cette huile, mais simplement la reconnaissance d'un droit exclusif sur une invention (une chose incorporelle), avec un droit exclusif de production et de vente de cette huile, dans le cas seulement où la production et la vente sont autorisées. Il n'y a donc pas de réelle contradiction entre les deux lois. La régulation de l'Etat est toujours applicable en matière de « *trade* » à tous les droits de propriété de la common law, indépendamment des droits du patent. « *Le droit de vendre, un droit de la common law, peut être dénié par l'Etat dans certains cas, et régulé dans d'autres, l'Etat dans chaque cas agissant pour le bien du public* » (US v. MPPC, 1914, p. 194). La figure du tsar dans son propre domaine est alors bien écornée, l'attorney représentant le gouvernement américain affirmant bien haut que les principes du Sherman Act encadrent et limitent désormais les pratiques des détenteurs de patents.

La MPPC en procès pour infraction à la loi Sherman

Engagée en 1912, la procédure contre la MPPC et à la *General Film* reprochait à celles-ci d'avoir, au moyen de licences et de contrats de royalties, enfreint la loi Sherman en établissant une sorte de monopole et une restriction au commerce, en « *terrorisant les réseaux d'échanges et les exploitants* » et poussé hors de l'industrie les autres producteurs, « *par des méthodes arbitraires et oppressives* ». L'acte d'accusation final de 1914 (US v. MPPC, 1914) distingue trois catégories de personnes affectées par cette politique, (1) les producteurs de films et d'appareils, (2) les

26 Cf : <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/226/20/case.html>

27 Le *brief* cite un cas qui vient d'être tranché par la Cour Suprême en 1913, en continuité du *Bathtub trust case* (*Straus & Straus v. American Publishers' Ass'n*). il s'agissait d'une violation de la loi Sherman utilisant non les patents mais les copyrights. Cf. <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/231/222/case.html>

28 Voir la décision de la Cour Suprême sur : <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/97/501/>

intermédiaires, c'est-à-dire les réseaux d'échange et de location, (3) les exploitants ou théâtres. La restriction au commerce portait principalement sur le commerce des copies positives, secondairement sur les appareils, mais cela affectait l'ensemble de l'industrie, puisque, ce commerce des copies (plus de 20 000 films circulant en permanence) représentait selon l'accusation de 95 à 99 % du total des activités économiques liées à l'art des *motion-pictures*. L'acte d'accusation détaille alors très précisément les moyens utilisés et les différentes règles mises en place.

Sur l'ensemble de ces éléments factuels, il n'y eut d'ailleurs guère de controverses. C'est l'interprétation juridique qui par contre opposa l'accusation et les défenseurs. L'attorney général T. W. Gregory, parlant au nom du gouvernement et appliquant la « *règle de raison* », la toute nouvelle jurisprudence (1911) de la Cour Suprême, jugeait illégal le pool. Il posait donc comme principe qu'il fallait juger en fonction des effets directs des actes des accusés et non en fonction de leurs intentions, à la différence évidemment des avocats des défenseurs, qui protestaient à l'inverse de la pureté de leurs intentions. En constituant la MPPC en 1908, ils n'avaient pas voulu monopoliser l'activité (et donc enfreindre la loi Sherman, mais plutôt essayé de sortir d'une situation d'illégalité où ils se trouvaient malgré eux avant 1908. « *Avant cette organisation, aucune industrie, ou activité, ou commerce n'existait en fait légalement dans les motion-pictures. (...) Pendant des années, chacun d'entre nous enfreignait chaque patent possédé par chacun des autres; pendant des années, nous avons méconnu les droits de propriété de tous les autres sur leurs inventions. Nous avons transféré les patents à une compagnie non dans le but de dominer ou monopoliser l'activité des motion-pictures, mais dans un esprit de repentance, et avec le désir d'utiliser les patents sans infraction* » (cité dans *US v. MPPC*, 1914, p. 212-213). Cet argument était écarté par l'accusation, qui s'appuyait aussi sur le *Bathtub case* (*Standard Sanitary Mfg. Co. v. United States*, 1912) et la jurisprudence qui en découlait, pour rappeler que, dans l'hypothèse où les patents mis en commun dans le pool auraient effectivement couvert les copies positives des films, « *la loi des patents n'offrait aucune justification à la violation de la loi Sherman* » (p 189). Parallèlement à l'argument sur « l'intention » justifiant la constitution du pool, un autre argument était avancé sur la nature de l'industrie, plus particulièrement mis en avant pour justifier la formation de la *General Film*. Le contrôle unifié et systématique des locations et du commerce des copies positives était présenté comme une nécessité et un progrès économique. L'industrie des *motion-pictures* était particulière, touchant plus au plaisir qu'aux nécessités de la vie (p. 213); elle avait donc besoin d'une « *régulation loyale et effective* », une régulation que l'Etat ne pouvait prendre en charge, comme dans le cas des services publics, et que seuls ceux qui étaient engagés dans cette activité de manière légale pouvait et devait assumer.

Mais la défense principale des avocats de la MPPC était construite à partir de la loi des patents; leur argument central étant que toutes les activités de l'industrie du cinéma entraient dans le cadre des brevets possédés par le pool. Ils affirmaient ainsi qu'aucune invention importante

n'avait jamais été faite dans ce domaine en dehors des patents de la MPPC²⁹. Il en résultait que le commerce supposé monopolisé ou restreint était un commerce d'articles sous patent, une sorte de commerce que les défenseurs avaient le droit de contrôler et de monopoliser légalement, en excluant les autres. En avançant cet argument, les avocats de la MPPC s'appuyaient encore sur l'ancienne interprétation – la plus favorable à leur cause – des rapports entre la patent law et le Sherman act, celle qui faisait du titulaire du patent un tsar dans son propre domaine, le commerce des articles sous brevet étant alors immunisé de toute infraction à la loi antitrust. Les contrats de licence, avec comme fondements juridiques les différents brevets du pool³⁰, étaient donc posés comme parfaitement légaux. Parmi tous ces patents, il y avait en particulier le *reissue* #12192 de Thomas Edison sur le film négatif, lequel servait de base juridique aux contrats imposés aux distributeurs et aux exploitants. « *C'est le seul patent sous lequel une licence est accordée dans les accords de location* » (p. 215), constate ainsi l'attorney général, qui souligne que ce *reissue* (dont la valeur juridique était d'ailleurs douteuse³¹) ne peut concerner le film positif³². En effet, ce patent ne porte que sur le film négatif produit par la caméra. Les copies positives produites ensuite à partir du négatif sont des produits différents, non brevetés, ne nécessitant d'ailleurs pour leur fabrication que des techniques de la photographie tombées depuis longtemps dans le domaine public. Le commerce des copies – contrairement à ce que prétendait la MPPC – était un commerce d'articles non brevetés.

L'autre point prêtant à divergence et contestation juridique était l'ensemble des limitations et interdictions entourant l'usage des appareils sous brevets (caméras et projecteurs), limitations figurant dans les licences et rappelées d'ailleurs sur des étiquettes figurant sur chaque appareil, comme l'interdiction par exemple d'utiliser un appareil sous licence pour tourner un film indépendant, ou pour projeter un tel film, etc. C'est la question des « *tying arrangements* » (ventes liées), une pratique des propriétaires de patents apparue autour de 1896, quand un tribunal, renversant la pratique antérieure, approuva un industriel qui avait apposé sur une agrafeuse brevetée une étiquette imposant l'utilisation avec cet appareil de ses propres agrafes, un article sur lequel il n'existait pourtant aucun brevet (*Button Fastener case*). D'autres jugements analogues suivirent. Beaucoup d'observateurs espéraient que la Cour Suprême allait bloquer cette évolution et se prononcer dans un sens différent; mais celle-ci devait approuver en 1912 par 4 voix contre 3, dans *Henry v. A. B. Dick Co*, l'obligation imposée par le fabricant d'un duplicateur de n'utiliser que l'encre, le papier et les autres fournitures que lui-même fournissait. Cette décision, qui étendait le monopole de vente d'un produit sous brevet à des produits non brevetés, fut amplement

29 Un point que l'accusation contestait; les patents de la MPPC ne couvrant qu'une toute petite partie des nombreuses découvertes qui avaient rendues l'industrie du cinéma possible.

30 Voir dans Annexe A, la liste de ces patents.

31 Voir l'Annexe B dans *Patent wars, Première partie : Brevet d'invention et patent, une comparaison*, pour le texte du *reissue* d'Edison; et l'analyse détaillée de ce point dans l'acte d'accusation (*US v. MPPC*, 1914, p. 220 et suivantes) avec les opinions des juges Wallace, Lacombe, Shepard, qui de 1902 à 1912 avaient successivement ré-examiné la valeur du titre accordé par l'Office des patents.

32 L'accusation rappelle d'ailleurs que le film positif est spécifiquement protégé par la loi du copyright depuis 1912.

commentée et assez largement désapprouvée, avec des appels au Congrès pour qu'il passe une loi limitant les pouvoirs des propriétaires de brevets. Dans une autre décision en 1913, la Cour devait d'ailleurs voter qu'un individu ne pouvait contrôler les prix de revente d'une marchandise issue de son invention sous brevet. La contradiction entre les deux décisions était alors assez évidente³³. Un comité fut alors constitué pour étudier une révision de la loi des brevets, résoudre ces contradictions, et trouver une solution à certaines difficultés d'application de la loi Sherman; ce qui devait conduire au vote du *Clayton Antitrust Act* de 1914, lequel posa comme illégale la pratique des *tying arrangements*.

Mais au moment où le procès de la MPPC s'achève, cette question n'était toujours pas totalement tranchée. Les avocats de la MPPC tentèrent alors une dernière manoeuvre légale, afin de retarder le jugement, et dans l'espoir d'établir un *test case* contre le *Clayton Act* en faveur des *tying arrangements*³⁴. Ils lancèrent en mars 1915 des poursuites contre l'*Universal Film* pour avoir loué et projeté des films non licenciés, alors que les notices sur les projecteurs utilisés l'interdisaient explicitement. L'affaire ne fut tranchée qu'en 1917 au détriment de la MPPC³⁵. Entre temps, la condamnation de la MPPC pour violation de la loi Sherman avait été prononcée le 1er octobre 1915³⁶; et un *decree* fixa les dommages et intérêts à payer au début 1916; la MPPC fit encore appel, mais cet appel fut rejeté (*dismissed*), et le pool officiellement dissout en 1918.

III. Les pools vertueux, automobile et avions

A l'opposé de ce que représentait la MPPC pour la nouvelle législation antitrust, on trouve les deux accords de licences croisées de l'industrie automobile et de la construction des avions, deux pools qui échappèrent à toute condamnation, et furent même présentés, dans l'entre deux guerres et après, comme des modèles à suivre pour pallier à la contradiction croissante entre la vieille loi des brevets et les formes les plus récentes de l'évolution des industries. Nous analyserons successivement le cas de l'automobile puis celui de la construction des avions.

Les politiques de brevet dans l'industrie automobile³⁷

L'affaire de brevet Selden avait trouvé son épilogue en janvier 1911, le brevet de George

33 Cette décision (de 1913) avait été obtenue par 6 voix contre 4, les même 4 qui avaient constitué la majorité dans le *Dick case* (Steiger, 1983, p. 59).

34 « *The suit was also a delaying strategy that could extend the practical lifetimes of the patent pool* » (Steiger, 1983, p. 60).

35 La Cour rappelant alors (ce qui est souvent cité depuis) : « *In determining how far the owner of a patent may restrict the use after sale of machines embodying the invention, weight must be given to the rules long established that the scope of every patent is limited to the invention as described in the claims, read in the light of the specification, that the patentee receives nothing from the patent law beyond the right to restrain others from manufacturing, using, or selling his invention, and that the primary purpose of that law is not to create private fortunes, but is to promote the progress of science and the useful arts* » (Voir *Motion Picture Patents Co v. Universal Film Mfg Co* : <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/243/502/>).

36 Voir en Annexe C, l'article du *New York Times* annonçant cette condamnation.

37 Pour cette partie, j'ai essentiellement utilisé Greenleaf (1961) et Welsh (1948).

Selden étant déclaré définitivement sans valeur pour l'industrie automobile. L'ALAM, l'association des licenciés du brevet Selden, dut alors se dissoudre en 1912, mais ses membres formèrent immédiatement l'*Automobile Board of Trade*, rebaptisée par la suite *National Automobile Chamber of Commerce*³⁸, et c'est cette association qui devait inaugurer en 1915 la politique des licences croisées dans l'automobile. Notons qu'Henry Ford, dont nous analyserons plus loin la politique des brevets, refusa toujours d'en faire partie.

1. L'accord de licences croisées de l'industrie automobile

La fin du procès Selden n'avait aucunement réglé la question générale des brevets pour l'industrie automobile. Il y avait en effet à l'époque bien d'autres conflits autour des brevets des uns et des autres, et les poursuites pour « contrefaçon » augmentèrent même régulièrement à partir de 1900 avec un maximum l'année 1912. Dans le cadre de l'ALAM, le principe avait été l'interdiction de toutes poursuites entre les producteurs licenciés, et le schème général était donc l'échange des droits de brevet moyennant « *a nominal fee* ». Comme de plus l'ALAM ne représentait qu'une partie des industriels, et environ 35 % des brevets liés à l'industrie automobile, ce monopole collectif ne bloqua guère les compagnies indépendantes, d'autant plus qu'il existait parfois d'autres alternatives techniques³⁹. Vers 1910 cependant, la plupart des producteurs d'automobile recevaient couramment des lettres d'avertissement ou des injonctions provenant pour l'essentiel de spéculateurs et de trolls, « *des flibustiers qui trafiquaient sur les inventions disputées* » (Greenleaf, 1961, p. 244) ; et les brevets avaient alors très mauvaise presse. Charles Harch, le président du comité des brevets de la *National Automobile Chamber of Commerce*, se fit alors l'avocat d'une « *paix des brevets dans l'industrie* ». Il rédigea avec les autres membres du comité un accord de licences croisées *royalty-free* (sa propre contribution) ; et cet accord fut adopté en 1914 par l'association et devint effectif en 1915 pour une durée de 10 ans, renouvelable jusqu'en 1925. Il fut ensuite régulièrement prolongé jusqu'à la disparition du pool vers 1955.

Dans sa première forme, l'accord prévoyait que chaque signataire s'accordait un privilège réciproque de libre licence sur tous les brevets possédés au moment de la signature (1915), et sur ceux qui seraient acquis pendant la durée de l'accord. Une clause spécifique créait une classe B pour les brevets particulièrement importants, présentant un caractère basique ou révolutionnaire. Mais pendant la durée de l'accord, aucun brevet de ce type ne devait apparaître. Une seule demande en ce sens fut déposée, et rejetée d'abord par le comité des brevets de l'association, puis en appel par un bureau d'arbitrage indépendant. L'accord ne s'appliquait qu'aux constructeurs et à leurs filiales, et qu'aux voitures particulières, excluant donc les brevets des équipementiers et fournisseurs de l'industrie, et aussi les camions, les tracteurs, les véhicules d'incendie, les bus, les

38 Elle changea de nouveau de nom en 1934, devenant l'*Automobile Manufacturer's Association*. La dissolution de l'ALAM donna aussi naissance à la *Society of Automotive Engineers*, dont la principale raison d'être était la circulation de l'information technique et la fixation de normes et standards pour l'industrie automobile (voir l'Annexe E de ce livrable).

39 Les très importants brevets Dyer sur la transmission *sliding gear* appartenait à l'ALAM. Mais Henry Ford utilisa pour sa Ford T une transmission *planetary*, basée sur un autre principe, tout en prenant par précaution en 1905 une licence de l'homme qui s'en proclamait l'inventeur (Greenleaf, 1961, p. 243).

ambulances, et, en matière automobile, certains moteurs spécifiques ainsi que le dessin des carrosseries, le design et le style, tout ce qui servait à identifier et différencier les productions des différents producteurs.

Pool de l'automobile (accord de licences croisées)		
Dates de renouvellement	Nombre de patents	Date prise en compte pour l'entrée des patents dans le pool
1915-1924	350 – 547	1915 à 1924
1925-1929	1066	1925
1930-1934	1687	1930
1935-1939	1285	1930
1940-1946	1858	1930
1947-1951	?	1947
1952 ...	?	1940
Source : Vaughan (1956) et Geenleaf (1961).		

L'accord bénéficiait aussi à des compagnies qui n'avaient pas de patents, et à tous ceux qui en devenaient membres : 76 compagnies au départ, 136 en 1925, pour 547 patents. Comme un certain nombre de petites firmes en bénéficiaient sans aucune contribution, les constructeurs les plus importants, qui finançaient leur propre R&D et déposaient des brevets, élevèrent des objections, et les règles furent modifiées en 1925, et renégociées à chaque renouvellement. La classe B disparut et les patents entrant dans le pool limités à ceux possédés par les membres lors du renouvellement de l'accord, ce qui créait ainsi une période où la technique sous patent restait dans le domaine de la propriété exclusive, avant de « tomber » dans le système de partage et de propriété commune du pool, et bien plus tard, à l'échéance du brevet, dans le domaine public. De renouvellement en renouvellement, on passa ainsi progressivement d'un système totalement *royalty-free* à un système admettant un peu plus de royalties (voir tableau). Vers 1932, le pool comprenait plus de 1500 brevets, et les redevances pesant sur le prix des automobiles ne dépassaient pas 2 \$ par véhicule, des royalties essentiellement versées à des industriels non-membres de l'accord ou à des inventeurs dont les patents n'entraient pas dans son champ. A la même époque, environ 25 % des patents déposés à l'Office américain des Patents concernait l'industrie automobile (Greenleaf, 1961, p. 246). C'est dire l'importance d'un tel arrangement qui supprimait tout litige sur les brevets entre les membres du pool, dans une industrie qui était en plein développement.

Ce pool constituait « *une complexe abrogation de la loi des patents* » (Hamilton, 1941, cité

par Welsh, 1948, p. 272). C'était une abrogation partielle cependant, mais parfaitement légale et originale pour l'époque, puisque le but de l'entente n'était pas l'organisation de l'industrie, ou la monopolisation, ou le contrôle des productions et des prix, comme dans la plupart des pools ou autres accords de licences croisées de l'époque. Le but était simplement d'établir et de maintenir dans la durée la « *paix des brevets* »; et de résoudre donc un double problème de coordination technique et juridique, avec d'un côté les inévitables interrelations et dépendances techniques de l'industrie dans sa forme moderne, de l'autre la loi des brevets, c'est-à-dire l'existence de droits individuels enchevêtrés et concurrents, et donc une multiplication de situation de brevets bloquants. Une situation qu'on trouvait dans beaucoup d'autres industries : « *L'extension des pools de brevets et accords de licences croisées dans l'industrie américaine est très largement liée à l'importance croissante de industries mécanisées dans lesquelles les inventions brevetées jouent un rôle, ou qui sont fondées sur les brevets dits basiques, comme par exemple les industries de la communication ou les industries électriques*⁴⁰ » (Welsh, 1935, p. 1444).

Cet accord de licences croisées de l'industrie automobile fit d'ailleurs bien vite école dans l'industrie des avions, permettant de clore le chapitre du conflit entre les Wright et Curtiss. Par la suite, dans les années 1940, il fut même présenté comme un modèle à suivre et à généraliser, un type de pool rendant compatible les nouvelles réalités de l'industrie et une institution des brevets jugée inadaptée et obsolète, sans présenter les aspects négatifs des cartels. Au cours du temps, l'importance de ce pool de l'automobile devait néanmoins décliner. L'enquête très détaillée du *Temporary National Economic Committee* de 1938 montre ainsi que les brevets entrant dans l'accord de licences croisées n'étaient plus aussi déterminants pour l'activité de l'industrie qu'au début, les brevets les plus anciens ayant tous expiré, et les nouveaux étant dans l'ensemble de moindre valeur. Le pool représentait alors une structure plus symbolique que réellement opérationnelle⁴¹.

L'accord de licence ne rassembla jamais cependant la totalité des constructeurs automobiles. Deux compagnies se distinguèrent, Packard et Ford, avec des politiques de brevet bien différentes. Packard, qui faisait pourtant partie de la *National Automobile Chamber of Commerce* (puis de l'*Automobile Manufacturer's Association*) refusa d'entrer dans le pool, parce qu'elle croyait à la valeur unique de ses propres brevets. Elle géra donc ceux-ci de la manière habituelle, accordant éventuellement des licences, en restreignant parfois le champ d'utilisation des brevets, mais sans jamais limiter les productions ou les prix. Elle demandait donc des redevances, ou acceptait d'en payer en cas de besoin. En moment de l'enquête du *Temporary National Economic Committee*,

40 Welsh cite alors toutes les industries où ce problème existe, et entraîne formation de différents accords de licence ou de pools de brevets : « *Automobile, agricultural machinery, aviation, building equipment and supplies, chemicals, communications, electrical-equipment industries, food industries, glass, machinery and machine equipment, mining, munitions, oil, office equipment and machinery, paper, radio, railroad equipment, rubber, steel, scientific instruments, utilities* » (Welsh, 1935, p. 1445).

41 Dans les dernières années, le système *royalty-free* fut en partie abandonné, avec une augmentation du nombre de participants qui refusaient cette règle; et le dernier accord (en 1952), ne portait plus que sur les brevets déjà possédés en 1940, ce qui en réduisait singulièrement la portée.

elle avait ainsi accordée au total 197 licences et pris elle-même des licences pour 174 patents.

2. Henry Ford, un défi à la « théologie des patents »

Henry Ford représentait un cas bien différent. Très individualiste, il suivait sa propre voie, marquée par la recherche d'une autonomie absolue, avec une animosité viscérale envers le système des patents, une institution jugée par lui illégitime et sans aucune valeur. Il était particulièrement hostile aux purs propriétaires de patent, à ceux qui, à l'image de George Selden, n'exploitaient pas eux-même leurs inventions, et n'étaient donc pas des industriels, déclarant ainsi en 1925 : « *Les patents sont des choses stupides qui font obstacle à l'industrie. Aucun homme n'a le droit de tirer profit uniquement d'un patent. C'est produire des parasites, des hommes qui veulent s'endormir sur leurs lauriers et ne rien faire. Si une quelconque récompense est due à l'homme dont le cerveau a produit quelque chose de nouveau et de valable, il doit obtenir des profits suffisants en produisant et vendant cette chose* » (Ford, cité par Greenleaf, 1961, p. 248). Le seul motif qu'avait alors Henry Ford pour prendre un patent était de se protéger d'un litige éventuel, et sa politique constante était d'accorder systématiquement licence sans demander de redevances, s'abstenant aussi de poursuivre ceux qui utilisaient la technique sans lui avoir demandé une licence⁴². Il refusait par ailleurs, quasi-systématiquement de prendre lui-même des licences ou de payer des royalties, ayant comme politique de ne pas acheter ou produire des dispositifs brevetés par d'autres. Il donnait d'abord ordre à ses ingénieurs de produire leur propre version; et c'est seulement en cas d'échec qu'il demandait une licence, utilisant son pouvoir de marché pour imposer ses propres conditions aux autres, en particulier à ses fournisseurs, en obtenant alors généralement une licence d'exploitation ou de fabrication (*shop licence*) sans payer de royalties. Cette politique est même devenue pour lui une règle absolue après 1922 (Greenleaf, 1961, p. 249). Si Henry Ford s'abstenait de poursuivre les autres comme contrefacteurs, il fut cependant lui-même fréquemment poursuivi. De 1926 à 1938, 346 poursuites le visèrent à ce titre, dont 95 % étaient engagées par des propriétaires de patents n'appartenant pas à l'industrie automobile, et qui pour la plupart dans l'opinion de Ford n'étaient que propriétaires de « *paper patents* ». Sur cet ensemble, 60 seulement donnèrent lieu à des audiences, mais il ne fut condamné que dans un cas seulement, en appel (Welsh, 1948, p. 270). Comme le déclarait un de ses avocats : « *Il n'y a aucun pouvoir sur terre, à l'exception de la Cour Suprême, qui puisse obliger Henry Ford à signer un accord de licence ou à payer une royauté* » (Greenleaf, 1961, p. 248).

Il agissait donc dans son propre domaine comme s'il avait décidé et réussi à abolir le système des patents, une position qui représentait selon Walton Hamilton (1941), « *un chapitre hétérodoxe défiant toute la théologie de la loi des patents* » (cité par Merges, 1999, p. 21). Pour la plupart des autres membres de l'industrie, c'était une sorte d'utopie qu'on ne pouvait généraliser, une politique

⁴² Il déclarait ainsi à propos de ses propres patents : « *They will belong to the world. (...) Anybody who wants to can use any improvement we make. The Ford organization has never proceeded against anybody for infringement of its patent* » (Ford, 1921, cité par Greenleaf, 1961, p. 249). Il n'y eut qu'une exception à cette règle en 1909, un cas où Henry Ford engagea une action judiciaire pour exiger le respect du patent et le paiement de royalties.

particulière à Henry Ford, explicable selon certains par le peu de valeur de la plupart des patents qu'il possédait (Welsh, 1948, p. 270). Mais cette politique persistante de négation du système des patents constituait cependant pour l'ensemble de l'industrie automobile une interrogation permanente, une interrogation d'autant plus importante qu'Henry Ford avait révolutionné l'industrie avec la Ford T, et représentait comme industriel une référence importante⁴³. L'importance de la *Ford Motor Co* au cours des années 1910-1920 pesait inévitablement sur les politiques des autres, y compris en matière de patent.

On ne pouvait donc espérer contrôler à cette époque, ne serait-ce que partiellement, la technologie de l'industrie automobile au moyen des patents, alors que dans d'autres industries, ce fut bien le cas. L'accord de licences croisées et l'attitude intransigeante d'Henry Ford sur cette question rendaient impossible toute tentative dans ce sens, en faisant de la mise en commun et du partage des droits de patent à l'intérieur de l'industrie une règle quasi-générale. Et ces principes influençaient ceux qui dans l'industrie n'appartenaient pas au pool. Ainsi les équipementiers et les fabricants de pièces se licenciaient les uns les autres en général sur une base non exclusive, avec selon les cas perception ou non de royalties. Le principe d'exclusivité de la propriété intellectuelle était alors battu en brèche et même neutralisé, la loi des patents étant en quelque sorte mise de côté. Comme l'analyse un des participants aux auditions du Congrès de 1935 sur le « *patent pooling* » : « *A l'intérieur de l'industrie, le monopole individuel créé par les patents est aboli dans la forme que lui donne le statut et un système différent lui est substitué plus en harmonie avec les besoins de l'industrie* » (cité par Merges, 1999, p. 19).

L'influence de l'économie des droits sur l'industrie était alors réduite au minimum; et celle-ci put alors se développer comme si toutes les techniques étaient directement entrées dans une sorte de domaine public accessible à tous les membres de l'industrie. Ces politiques d'abolition des patents de la part de Ford, ou de renoncement à l'exercice ordinaire des droits, pour les membres de l'accord de licences croisées, éliminaient les litiges ayant pour origine les patents, faisant ainsi disparaître l'insécurité juridique antérieure; et cette entente ne s'étendait ni aux prix, ni aux produits, ni aux politiques commerciales, comme le montrent les nombreux témoignages devant le *Temporary National Economic Committee* de 1938, et aussi le rapport de la *Federal Trade Commission* de 1939 sur l'industrie automobile. La concurrence par les prix était restée particulièrement forte, une des explications avancées étant le fait que Ford n'avait jamais voulu adhérer à l'association réunissant les autres constructeurs, et avait toujours suivi sa propre voie (Welsh, 1948, p. 275). Mais d'un autre côté, le but de l'entente sur les brevets n'avait jamais été, à la différence de la MPPC, d'entraver la concurrence; et la rivalité en matière de production et de commercialisation était restée très intense⁴⁴. Selon les multiples enquêtes de l'époque, le

43 On peut donner quelques éléments statistiques (Bardou et alii., 1977). De 1911 à 1926, Ford est le premier constructeur de voitures particulières aux Etats-Unis. En 1908, quand les premières Ford T sont mises en production, il n'occupe encore que 10 % du marché américain; mais en 1914, c'est 45 %; en 1921, 55 %; et encore 40 % en 1926, année où il est rattrapé et dépassé définitivement par la General Motors.

44 On peut citer ici l'opinion de Walton Hamilton dans *Patents and Free Enterprise* (1941) sur le pool de l'automobile :

changement technique n'en souffrit pas non plus particulièrement (Welsh, 1948, p. 270). Dernier point, ce partage mutuel des droits de patent dans l'industrie a aussi fourni un cadre favorable à la mise sur pied et au développement des politiques de standardisation, un domaine où l'industrie automobile fut pionnière dans ces années là, avec le rôle joué ici par la *Society of Automotive Engineers* (voir l'Annexe E sur la standardisation).

L'industrie des avions : la *Manufacturers Aircraft Association*

Quand l'administration Wilson commença à organiser l'entrée des Etats-Unis dans la première guerre mondiale, Glenn Curtiss et la *Wright Martin Cy* s'affrontaient toujours devant les tribunaux et harcelaient les autres industriels pour infraction à leurs patents respectifs, avec comme résultat une situation chaotique et une démoralisation générale de l'activité industrielle. Les premières commandes liées à la guerre ne purent alors être exécutées; en 1916, l'armée commanda 366 avions, mais n'en reçut que 64; et les besoins estimés avoisinaient les 4000 avions par an à l'horizon de 1919, une chose irréalisable dans l'état d'insécurité juridique où se trouvait l'industrie. Au début de l'année 1917, les Secrétariats de la Guerre et de la Marine nommèrent donc un comité chargé de trouver une solution, et des discussions s'engagèrent entre l'administration et les deux adversaires de la guerre des patents. La première possibilité était la nationalisation des patents par confiscation ou rachat, sous le statut du « domaine éminent »⁴⁵; une solution cependant peu conforme à l'idéal de libre entreprise et d'intervention minimale dans les activités économiques du gouvernement Wilson. Une autre possibilité fut cependant envisagée, mettre en place un accord de licences croisées dans l'industrie sur le modèle de celui de l'automobile, et c'est cette solution qui fut finalement retenue⁴⁶.

Le pool des patents, qui regroupait pratiquement tous les constructeurs d'aéroplanes des Etats-Unis (12 entreprises en fait⁴⁷) fut ainsi mis en place dès juillet 1917, sous le nom de *Manufacturers Aircraft Association*. Tous les conflits sur les patents étaient immédiatement arrêtés et proscrits, comme le déclare le communiqué de la *Manufacturers Aircraft Association* lors de sa formation :

« *Le but de l'association est non pas de restreindre, mais d'ouvrir l'industrie afin que les responsables gouvernementaux et les constructeurs d'avions ne puissent pas, dans la période*

« *It is hard to think of a form of cooperation between competitors which has brought as much benefit to the public as the cross-licensing agreement with respect to the automobile* » (cité dans Welsh, 1948, p. 274).

45 L'expropriation des patents (au titre de l'*eminent domain*) était possible et envisagée. La *Wright Martin Cy* acceptait d'ailleurs de vendre le patent des Wright pour un million de dollars. Un amendement au budget de la Navy fut donc voté par le Congrès, permettant au gouvernement d'acquérir pour 1 000 000 de \$ « *by purchase, condemnation, donation, or otherwise, such basic patent or patents* » dont le gouvernement pouvait avoir besoin; un amendement qui renforçait les pouvoirs des négociateurs de l'administration.

46 Pour les détails sur l'évolution des négociations, voir sur le site de la NASA, Alex Roland, 1985 (in ch 2 « The cross-licensing agreement » : <http://history.nasa.gov/SP-4103/ch2.htm>).

47 C'est-à-dire : *Aeromarine Plane & Motor Cy, Boeing Airplane Cy, Curtiss Aeroplane & Motor Cy, Dayton Wright Cy, G. Elias & Bro., Gallaudet Aircraft Corp., L. W. F. Engineering Cy, Glenn L. Martin Cy, Packard Motor Car Cy, Sturtevant Aeroplane Cy, Thomas-Morse Aircraft Corp., Wright-Aeronautical Corp* (Dykman, 1964, p. 648).

actuelle, être soumis à aucune contrainte abusive ou déloyale. Tout litige relatif à des brevets sur les avions entre les membres de l'association cesse automatiquement, et l'industrie aéronautique est donc laissée libre de se développer jusqu'aux limites souhaitées ou requises par les exigences inhabituelles de la guerre » (New York Times, 7 août 1917).

L'accord de licences était largement ouvert à trois sortes d'entités : (1) « *tout constructeur d'aéronef, actuel ou potentiel* », (2) « *tout industriel à qui le gouvernement des États-Unis a ordonné par contrat la construction de dix avions ou plus* », (3) « *toute personne, firme, ou compagnie propriétaire de brevets concernant les avions* ». Les membres du pool s'engageaient à révéler et soumettre aux règles de l'accord tous les brevets sur les avions qu'ils possédaient ou obtiendraient dans l'avenir aux États-Unis. Ils pouvaient cependant quitter le pool, mais devaient alors y laisser tous les brevets déjà intégrés au pool lors de leur sortie. Les brevets entrant dans le champ de l'accord portaient plus précisément sur les structures des avions, à l'exclusion des moteurs et des instruments (en 1917, cela représentait environ 130 brevets).

Pour l'accès aux brevets jugés basiques des frères Wright et de Curtiss, chaque industriel membre du pool devait payer 200 \$ par avion fabriqué⁴⁸. Cette redevance était répartie entre la *Wright-Martin Cy* (67,5 %, soit 125 \$) et Curtiss (20 %, soit 50 \$), le reliquat allant à la *Manufacturers Aircraft Association* pour couvrir les frais d'administration. Les paiements à la *Wright-Martin Cy* ne pouvaient dépasser les 2 millions de \$ au total, et devaient s'arrêter de toute manière le 22 mai 1923, date d'expiration du brevet Wright; les paiements à Curtiss devaient cesser de même le 30 octobre 1933, date de l'expiration de son dernier brevet, ou si le total des sommes payées à Curtiss dépassait celles versées à la *Wright-Martin Cy*; avec une hypothèse implicite ici, celle d'une valeur égale pour les apports des uns et des autres. À l'époque, 200 \$ ne représentait d'ailleurs pas une somme démesurée, le prix moyen d'un avion étant d'environ 20 000 \$, et la *Wright-Martin Cy* exigeant 1000 \$ par avion pour le seul brevet Wright⁴⁹. La plupart des autres brevets entrant dans le champ de l'accord étaient disponibles *royalty-free*. Certains cependant, de plus grande valeur, donnaient lieu à une « compensation spéciale » décidée par un Bureau d'arbitrage de l'Association, composé de trois membres : un nommé par le propriétaire du brevet revendiquant la compensation spéciale, un autre par l'Association, le troisième étant choisi conjointement par les deux premiers⁵⁰. Un certain nombre de critères définissaient les inventions qui pouvaient bénéficier de la compensation spéciale. L'invention devait « *garantir l'exécution d'une fonction qui est encore inconnue dans l'industrie et qu'il est souhaitable d'utiliser mais qui ne l'est pas par manque d'adaptation, ou présenter un caractère original, ou constituer une*

48 Cette règle fut réaménagée en 1928; la somme de 200 \$ étant jugée excessive en temps de paix pour les petits avions. Le prélèvement fut donc fixé à partir du 31 décembre 1928 à 2% du prix de l'avion (moins les moteurs et les hélices), avec un maximum de 200 \$ par avion (Dykman, 1964, p. 650).

49 En 1918, vu l'état de guerre, l'administration réduisit ces versements à 100 \$ par avion, une situation qui perdura jusqu'au 2 juillet 1921, date à partir de laquelle les 200 \$ furent de nouveau prélevés jusqu'en 1933. Ensuite il n'y eut plus que les frais d'administration de la MAA, soit 1/4 % du prix d'un avion (sans les moteurs et les propulseurs), ramené par la suite à 1/8 % (Bittlingmayer, 1988).

50 Une procédure similaire (arbitrage) était utilisée pour le règlement des disputes entre les membres du pool.

rupture radicale dans les pratiques antérieures », ou encore « *si le montant dépensé dans le développement est de nature à justifier une telle indemnisation* »; des critères plus précis et plus restrictifs que les pratiques de l'Office des Patents (Marten, 1935, p. 1168; Bittlingmayer, 1988, p. 233). Cet arbitrage accordait ou refusait la compensation spéciale, en fixant en cas de besoin son montant et sa forme (une royauté payée par les utilisateurs ou un paiement *cash*). Ainsi, sur les 750 patents du pool en 1935, 159 avait donné lieu à arbitrage de 1929 à 1935, avec 87 refus et sur l'ensemble de ces patents 90 % étaient *royalty-free* (Bittlingmayer, 1988, p. 234)⁵¹. De la même façon, la *Manufacturers Aircraft Association* pouvait acheter directement des patents à des propriétaires extérieurs à l'industrie pour les mettre dans le pool⁵².

Les membres du pool avaient obligation de livrer au pool tous leurs brevets portant sur les avions et de renoncer à toute poursuite contre les autres membres du pool; en contrepartie, ils pouvaient puiser à leur guise dans tous les patents intégrés dans l'accord de licences, c'est-à-dire utiliser comme ils l'entendaient les technologies dépendant de ces patents. Ils conservaient cependant leurs propres droits (exclusifs) vis-à-vis de tous ceux qui n'appartenaient ni à l'industrie ni à l'accord de licences, avec une seule obligation ici, ne pas leur accorder une licence dans des termes plus favorables que ceux accordés aux membres du pool⁵³. Il existait aussi une clause spécifique portant sur le design des avions. Comme le gouvernement pouvait confier la fabrication d'un avion à un industriel différent du concepteur d'origine, ou répartir cette production entre plusieurs industriels, il était prévu que dans ce cas 1 % du prix des avions produits serait reversé à celui-ci (jusqu'à un maximum de 50 000 \$).

L'accord de licences croisées de la *Manufacturers Aircraft Association* fut, tout au long de son existence, l'objet d'attaques sporadiques, accusé alors de constituer un « *Aircraft trust* », un monopole affectant de manière néfaste et restrictive l'invention. Le niveau des royalties (200 \$) était aussi jugé beaucoup trop élevé⁵⁴. Comme la politique du Gouvernement et les dépenses publiques étaient engagées, de nombreuses enquêtes réexaminèrent périodiquement les raisons d'être et le fonctionnement de ce pool, qui d'ailleurs à chaque fois se vit décerner un certificat de bonne santé et de bonne conduite. En réponse à cette accusation d'*Aircraft trust*, dès 1917, l'Attorney Général des Etats-Unis enquête sur sa conformité avec les lois antitrust, déclarant

51 Dykman avance une évaluation encore plus faible pour 1963 : 300 patents donnant lieu à compensation spéciale (pour des sommes assez faibles au demeurant) sur environ 6000 patents gérés par l'accord (Dykman, 1964, p. 652).

52 Au fil du temps, la *Manufacturers Aircraft Association* représenta aussi une gigantesque base de données. « *The Association maintains one of the countries most complete, up-to-date, cross-indexed library devoted to engineering research and technical developments in the field of aeronautics. For instance, a complete file of the aircraft patents issued in U. S., Britain, France, and Germany, is maintained with an independent classification and indexing system especially adapted to the needs of the MAA members. It maintains a weekly Digest and description of all patents of aeronautic interest currently issued in the U. S. A monthly British Supplement to the Weekly Airplane Patent Digest is issued. Annually, it issues an index of all aircraft patents issues to the U. S. and Great Britain during the year with the names of companies holding the patents...* ». Elle offrait aussi d'autres services à ces membres et aux autres : « *evaluation of inventions submitted by non-members and friendly arbitration proceedings between non-members and members...* » (Dykman, 1964, p. 651)

53 Une clause que, par analogie avec la « clause de la nation la plus favorisée » des accords du GATT et de l'Organisation Mondiale du Commerce, on pourrait appeler la « clause du licencié le plus favorisé ».

54 Cf. Toulmin (1935, p. 144-148) et Bittlingmayer (1988, note 30 en particulier).

ensuite qu'il n'y a « *rien d'illégal ou de malhonnête dans le fonctionnement de ce plan de licences croisées* »; de son côté l'administration militaire américaine soumet à examen le niveau des royalties (200 \$), objet de nombreuses attaques dans la presse; et les trois avocats des patents choisis comme experts concluent, qu'en comparaison des pratiques existantes, le prélèvement restait modéré. Comme l'indignation persistait, l'accord fut amendé et les royalties réduites de moitié (100 \$) pendant les hostilités et jusqu'en 1921. Un peu plus tard, une commission présidentielle présidée par un ancien juge de la Cour Suprême blanchit de nouveau la *Manufacturers Aircraft Association*. Une autre enquête détaillée fut réalisée par le Congrès en 1924; le rapport Lambert concluait alors que « *les accusations selon lesquelles un « aircraft trust », ou une conspiration, existait, étaient sans fondement* », soulignant en particulier le caractère « ouvert » du pool. « *Le trait caractéristique d'un trust est le maintien des autres à l'écart. Dans le cas présent, tous peuvent entrer après avoir payé un droit d'adhésion dont le montant est d'environ 1/70 du coût total d'un avion* » (cité par Toulmin, 1935, p. 147). Une nouvelle enquête approfondie réexamina la situation après 1933, le dernier patent de Curtiss étant alors échu et les 200 \$ par avion réduits au prélèvement de la *Manufacturers Aircraft Association* pour frais d'administration (une vingtaine de dollars environ). Dans son rapport, la *Federal Aviation Commission* concluait en janvier 1935 : « *Loin d'être un monopole, la Manufacturers Aircraft Association semble être la vraie antithèse du monopole. Elle semble avoir été conçue et avoir opérée en fait de manière à prévenir toute possibilité qu'un propriétaire de patent puisse freiner la progression normale du développement [de l'industrie] ou restreindre les flux commerciaux au moyen de ses droits de patent* » (cité par Toulmin, 1935, p. 146).

Plus récemment en 1972 dans un tout autre contexte, une enquête du Ministère de la Justice américain fut ouverte sur la *Manufacturers Aircraft Association*, pour entrave à la concurrence dans le domaine de la recherche et développement, avec une situation qui donnait moins d'innovations que si l'accord n'avait pas existé, une accusation qui semble à vrai dire assez peu crédible (Cf. Bittlingmayer, 1998⁵⁵). Quoiqu'il en soit, un *consent decree* devait aboutir à la disparition de la *Manufacturers Aircraft Association* et du pool des brevets en 1975.

Une remise en cause de la « *théologie des patents* »

Jusqu'aux années 1930-1940 au moins, les patents ne sont pas simplement aux Etats-Unis des objets commerciaux, mais aussi pour beaucoup une sorte « *d'icône culturelle* » (Owens, 1991, p. 1078), c'est-à-dire l'incarnation d'un certain idéal, le terme « américain » ayant été constamment associé au XIX^{ème} siècle aux termes « pionnier » et « inventeur ». Les Etats-Unis sont d'ailleurs toujours le seul pays à décerner le titre au « *first inventor* » et non au premier déposant, et le seul

55 « *Of course a zero royalty rate combined with an automatic right to use competitors' patents will, other things being equal, reduce the incentive to produce innovations, at least patentable ones...* », ainsi se résumait l'argumentation, qui reprend une croyance typique de la « *théologie des patents* » dans le caractère indispensable, car incitatif, de cette institution pour l'innovation; ce que critique et réfute de manière détaillée, statistiques à l'appui, dans ce cas de la *Manufacturers Aircraft Association*, Bittlingmayer (1988, p. 235 et suivantes).

aussi à avoir accordé un monopole inconditionnel non limité par des redevances annuelles, des licences obligatoires, ou des menaces de révocation. On a évidemment ici l'image d'un inventeur indépendant, qui est aussi une certaine incarnation de l'individualisme américain; cet individu propriétaire de son invention étant seul responsable de l'introduction de son invention dans l'économie, sans que les autres (et l'Etat) soient fondés à intervenir ici.

Mais les accords de licences croisées de l'industrie automobile et de l'aviation déstabilisaient cette « *théologie des patents* » (Hamilton, 1941), en faisant clairement apparaître combien le système était devenu inefficace, et même contreproductif, ce qui suscitait à l'époque de nombreuses interrogations et faisait débat. Dans la grande enquête de 1935, *Pooling of patents*, du Congrès américain, ces accords de licences croisées furent une nouvelle fois ré-examinés dans tous leurs aspects. Il en fut de même lors des auditions du *Monopoly Committee* de 1938-1939⁵⁶. Ces pools présentaient en effet un élément de nouveauté et d'originalité qui tranchait sur les traditionnelles combinaisons de patents mises sur pied dans l'espoir de contourner la loi Sherman. Mais le problème n'était pas d'entamer une nouvelle confrontation avec la législation antitrust. Il s'agissait plutôt de questionner la loi américaine des patents. En effet, le principe de mise en commun et partage des technologies, au moyen de licences obligatoires très souvent *royalty-free*, allait directement à l'encontre de tous les discours expliquant, justifiant et magnifiant les patents depuis leur création à la fin du XVIII^{ème} siècle. Ces pools déstabilisaient toute la « *théologie des patents* ». Mais ceux qui croyaient en cette théologie étaient toujours là, en particulier du côté de l'Office et tout autour, et ils résistaient à toute proposition de réforme du système, et à l'introduction par exemple, prônée par le Ministère de la Justice (et les autorités antitrust), de licences obligatoires, comme cela existait dans bien d'autres pays; et encore plus si ces licences étaient *royalty-free*, car un tel système supprimait le motif financier, qui pour eux était un des fondements du système des patents.

L'intervention de Conway Coe, commissionnaire aux patents depuis 1934, devant le *Monopoly Committee*, est ainsi très significative. Pour lui, il y a une crise de l'inventivité américaine, une activité qu'il juge stagnante et même déclinante à partir des statistiques, car le nombre de patents par habitant a diminué depuis le milieu du XIX^{ème} siècle⁵⁷, et les inventeurs indépendants tendent à disparaître, remplacés par des salariés travaillant pour les entreprises. En 1921, note-t-il, 72 % des patents délivrés l'étaient à des inventeurs indépendants, mais en 1938, ceux-ci sont devenus largement minoritaires, et la grande majorité des patents est délivrée aux entreprises. La cause de ce changement est la mécanisation et le développement des services de recherche dans les grandes firmes, lesquelles dominent maintenant tout le processus d'invention.

⁵⁶ Pour les *Pooling of Patents*, voir *Hearings before the Committee of Patents*, 74th Cong., US, december 1935, en particulier les contributions de Welsh (p. 1140-1153) et Marten (p. 1153-1176). Pour le *Monopoly Committee* de 1938-1939, voir *Hearings before the Temporary National Committee*, et plus particulièrement, Hamilton, *Patents and Free Enterprise*, 1941, ainsi que Owens (1991).

⁵⁷ On a ici un usage malheureusement fréquent de la statistique dénué de toute signification. Il y a en effet une grande différence, et même un abîme, entre l'innovation (et ses résultats) et les patents, et le nombre de patents émis n'est aucunement un indicateur fiable de l'activité inventive. Sur ce point, voir Machlup (1962).

Sa conviction est alors que le « *pauvre inventeur, et à travers lui le public* » souffre d'une injustice, le monopole que la loi accorde n'étant pas pleinement sauvegardé. Ce monopole, « *une protection authentique, est [pourtant] le dernier rempart existant entre l'inventeur et l'assaut des puissantes corporations* » (cité par Owens, 1991, p. 1080). Mais, au même *Monopoly Committee* de 1938-1939, les témoignages des représentants de l'industrie sonnent bien différemment. Ils soulignent l'importance des sommes et des moyens mis à la disposition des grands laboratoires de recherche des entreprises, et voient les inventeurs indépendants - tels Thomas Edison – comme relevant du passé, car totalement inadaptés aux nouvelles conditions de production des inventions. Charles Kettering de la General Motors, met ainsi en avant le caractère coopératif de la recherche dans cette firme. « *L'invention d'un seul homme n'est plus possible de nos jours (...) et il semble inconvenant de récompenser des individus pour des recherches essentiellement collectives* » (in Owens, 1991, p. 1081). Le système d'incitation du patent, par attribution de monopoles individuels, conçu pour les inventeurs indépendants, est clairement posé comme inadapté, déjà remplacé par des investissements plus ou moins importants en capital et des systèmes de récompense et d'incitation internes aux différentes firmes. L'industrie repose toujours sur l'invention (ou innovation), mais les sources de celle-ci ne sont plus les mêmes; les inventions étant produites maintenant collectivement par des salariés, le « *poor inventor* » indépendant n'a donc plus guère d'importance. Il ne reste alors du système des patents que le principe du monopole, le côté le plus négatif du brevet; mais la justification de ce monopole a pratiquement disparu, puisqu'il n'est plus nécessaire de distribuer des monopoles individuels pour inciter à produire ou divulguer les innovations; et ce monopole est de surcroît de plus en plus limité par les décisions des juges au titre de l'antitrust.

Le système et sa théologie ont donc largement perdu leur légitimité, en particulier chez les industriels, ce qui ne l'empêchera pas cependant de rester en place, presque inchangé jusqu'à nos jours⁵⁸. Le système des patents semble alors inadapté aux nouvelles contraintes de l'activité industrielle. Cette question est au cœur des *hearings* de 1935, un point développé en particulier par Charles Welsh. Pour lui, l'essor des pools de brevets est dans une large mesure le résultat des nouvelles conditions de l'activité industrielle, organisée de plus en plus comme une machine, toutes les activités étant reliées entre elles et dépendantes les unes des autres. Cela forme alors « *un réseau d'interrelations technologiques dont le résultat est une complète interdépendance de toutes les branches de l'industrie mécanisée dans n'importe quelle ligne de production* » (Welsh, 1935, p. 1142). Mais le système des patents n'a pas été conçu pour cela⁵⁹. On peut alors avoir des

58 En 1939 au sein du *Monopoly Committee*, il y avait bien « *une conviction partagée selon laquelle le système des patents était dépassé, inefficace et utilisé de manière abusive par les grandes entreprises* » (Owens, 1991, p. 1077). Mais les propositions de réforme furent bien modestes, se bornant à des modifications à la marge de la loi existante : (1) pour empêcher les manoeuvres procédurales des déposants, limiter à 20 ans après dépôt, et non plus 17 ans après délivrance, la durée de vie du patent, (2) simplifier les procédures d'appel, en créant une seule cour d'appel (ce qui ne fut réalisé qu'en 1982 avec le *Federal Circuit*), (3) et introduire dans la loi, à la demande du *Department of Justice*, un principe de licence obligatoire (déjà imposé à l'époque dans certains jugements au titre de la loi antitrust).

59 « *Given this situation, the existence, at closely related points in the system, of monopolistic control of either devices*

brevets basiques, qui interdisent en tout ou en partie l'installation dans l'industrie, ou des brevets bloquants, le problème étant que les droits individuels des uns et des autres entrent en conflit et se paralysent, ce qui conduit quasi-inévitablement à des litiges. Les pools sont alors un moyen pragmatique, inventé par les industriels et propriétaires de patents pour échapper à cette situation, échapper à un univers qui leur interdit en fait de produire, de vendre, ou d'innover. Les industriels se débarrassent de ce qui paralyse, entrave, ou parasite leurs propres activités : les négociations et conflits entre propriétaires de patents, le commerce des droits, les évaluations de l'Office, le coût et la lenteur des procédures, et les décisions (plus ou moins aléatoires) des tribunaux. Dans un accord de licences croisées aussi important que celui de la *Manufacturers Aircraft Association*, toute une industrie obéissait ainsi à des règles communes, avec au centre un principe de partage de certaines techniques sous patent, et toute l'économie des droits liée à la loi des patents avait disparue, ce que constate avec lucidité un des participants aux *hearings* du Comité des patents du Congrès de 1935 : « *L'effet net de cet accord, pour autant que les membres du pool soient concernés, est d'annuler tous les monopoles individuels des patents, en détruisant ainsi le système des patents. L'accord met en place un système différent et nouveau basé sur la remise de prix au lieu de monopoles, dans lequel un conseil d'arbitrage détermine si un inventeur doit être récompensé, et si oui, quelle sera sa récompense, et (...) le patent est objet d'une licence obligatoire pour tous les membres du pool. A l'intérieur de celui-ci, donc, on voit qu'il n'y a rien qui ressemble au système d'origine des patents, avec ses monopoles individuels exploités individuellement. Un nouveau système a été créé ayant fondamentalement à sa base le choix des inventions qui seront récompensées, par un conseil d'arbitrage plutôt que par l'Office des Patents et les tribunaux* » (Marten, 1935, p. 1169).

Dans cet accord de licences croisées, comme dans celui de l'industrie automobile, il y avait bien plus que le simple arrêt des hostilités dans la guerre des patents, et bien plus que l'établissement d'une paix permanente des patents, une condition cependant nécessaire au développement de l'activité industrielle. Il y avait dans une industrie particulière une « *destruction du système des patents* ». Cette destruction pour une part (la plus grande part) aboutissait à mettre directement dans la situation du domaine public la technique couverte par le brevet; l'invention à l'intérieur de l'industrie étant librement ré-utilisable; le patent est alors « *un objet de licence obligatoire pour tous les membres du pool* », et ceci *royalty-free*. Pour le reste, c'est le système de la « *compensation spéciale* », avec toujours la même liberté d'accès à l'invention technique après paiement d'une redevance, le propriétaire du patent ayant abandonné son droit d'interdire aux

or processes necessary to the unified working of either a particular industry or a series of related industries, results in the creation of the so-called patent deadlocks and the existence of blocking patents which prevent, first, further progress and development of particular arts; secondly, which may bar the production of some commodities entirely; third, which may prevent the elevation of the qualitative standard of output; fourth, which render commercial enterprise in mechanized industries even more hazardous than it ordinarily is, because of the implied threat of patent litigation which in effect increases the overhead cost of any particular branches of industry indefinitely and which lengthens the time required to furnish the consumer with the greatest possible number of the most highly developed commodities at the lowest possible price, and which, in short, operates to decrease the final utility of any particular product » (Welsh, 1935, p. 1143-1144).

autres membres du pool (et de l'industrie) l'usage, la fabrication et la vente de l'invention. Un autre système remplace alors le système des patents, l'Office, et les tribunaux, un système « *basé sur la remise de prix au lieu de monopoles* ». Ce n'est pas simplement la substitution d'une procédure d'arbitrage à l'Office et aux tribunaux, et - on pourrait ajouter ici - au marché des droits. C'est aussi un changement de doctrine et de critères en matière d'évaluation (ou la doctrine des équivalents en particulier n'a pas sa place). Seules les inventions réellement importantes auront ainsi droit à une récompense (et souvent ce n'est pas une royauté), les autres n'en méritent pas, ce qui signifie d'ailleurs implicitement que ces patents n'auraient jamais du être délivrés par l'Office⁶⁰. La détermination de la valeur économique de l'invention est donc directe (et hors marché), les arbitres (des experts de l'industrie) fixant le montant de la récompense; et ce système « *nouveau et original* » fonctionne bien à l'échelle de toute une industrie, et de plus se maintient dans la durée.

IV. Pools, domaine public, communs

Les différents pools de patents étudiés ici ont tous pour origine une situation de guerre des patents. Ils découlent d'une nécessité (« *creature of necessity* » (Merges)), celle d'établir une certaine paix des patents, comme pré-condition au développement légal (et sécurisé) des activités économiques. En dehors de cette nécessité, tous ces pools sont des constructions historiques, pragmatiques, particulières, qui diffèrent alors d'une industrie à l'autre, en fonction des choix effectués par les propriétaires de patents et les autres protagonistes.

Pour apprécier les différences entre ces pools, le premier élément à considérer est la nature et l'importance des patents regroupés dans le pool, c'est-à-dire le caractère déterminant ou non des techniques sous brevet pour l'activité industrielle. C'est tout le problème des brevets basiques ou des brevets bloquants, une situation plus fréquente dans les industries nouvelles, reposant sur un système technique qui vient d'être inventé, que dans les industries plus anciennes qui, pour l'essentiel, reposent sur des techniques elles aussi anciennes et donc nécessairement dans le domaine public. De toute manière, c'est bien le choix et le regroupement d'un certain nombre de patents qui expliquent l'importance éventuelle du pool pour l'industrie; car c'est la mise en commun de certains patents qui permet souvent le démarrage réel de l'industrie, cas de la construction des avions aux Etats-Unis en 1917 (tout comme la révolution industrielle anglaise a réellement démarrée quand le brevet de James Watt est tombé dans le domaine public). Ce regroupement détermine aussi l'étendue du pool ou de l'accord des licences croisées, qu'il s'agisse de permettre simplement la fabrication d'une machine particulière (comme pour la machine à coudre au XIX^{ème} siècle aux Etats-Unis (Cooper, 1968), ou de mettre en place à notre époque une

⁶⁰ Cette alternative au système des privilèges exclusifs est une vieille proposition avancée par les partisans de l'abolition ou de la réforme de l'institution des brevets (Cf. par exemple Vigarosy (1829)), une proposition régulièrement rejetée, car supposée utopique et inapplicable. Renouard n'y voyait dans son *Traité des brevets d'invention* (1844) que des inconvénients (comme l'incertitude dans l'évaluation et l'arbitraire administratif), à la différence de la solution du monopole temporaire, qu'il pose comme seule équitable, car donnant à l'inventeur une récompense proportionnelle aux mérites de son invention.

interface standardisée (MPEG, DVD, etc.), ou d'assurer le développement dans la durée de toute une industrie, comme pour les pools de l'automobile et de l'aviation que nous avons étudié. C'est aussi en général ce qui explique le maintien du pool dans la durée et sa disparition quasiment inéluctable. Les brevets ont en effet une durée de vie limitée; aussi le pool, une fois les brevets échus, doit disparaître. Les brevets basiques et bloquants, les plus gênants pour l'industrie, tombent progressivement dans le domaine public et la situation se transforme d'elle-même. Les techniques les plus déterminantes pour l'activité sont désormais librement ré-utilisables par tous, sans qu'il soit alors nécessaire de maintenir un accord spécifique. L'industrie étant devenue mature, le pool, comme outil de neutralisation des brevets, perd de son importance, et finit donc par disparaître.

Les pools diffèrent aussi (deuxième point à considérer) selon les objectifs assignés à l'accord lors de sa création par ses fondateurs, des objectifs inscrits dans les règles du pool, dans l'ensemble des droits et des obligations mises en place, qui s'imposent aux membres comme à ceux qui n'en font pas partie. « *Pour analyser les effets des pools de brevets, on doit [en effet] garder à l'esprit qu'il y a deux groupes concernés : premièrement, les producteurs et industriels qui sont membres des pools de brevets ou parties prenantes des accords de licences croisées; et, deuxièmement, ceux qui opèrent à l'extérieur du pool* » (Welsh, 1935, p. 1147). D'un pool à l'autre, les rapports des membres du pool avec l'extérieur, avec les autres producteurs de la même industrie et les autres utilisateurs de la chose sous brevet, peuvent différer alors du tout ou tout.

A l'époque que nous avons étudiée, le système des brevets s'imposait aux Etats-Unis avec la force contraignante d'une institution, et aucun industriel ne pouvait agir comme si ce système n'existait pas. Même les adversaires les plus résolus des brevets devaient ainsi composer avec lui. Ainsi Henry Ford avouait en 1919, en parlant de sa propre entreprise : « *Nous avons besoin des brevets comme moyen de défense et de protection* », une protection qui dans son cas était clairement préventive, puisqu'il agissait comme si les brevets qu'il avait obtenu de l'Office n'avaient ni valeur ni existence, en déclarant que ceux-ci « *appartenaient au monde* »⁶¹, renonçant ainsi à tout usage ordinaire du brevet. Obtenir un brevet était cependant pour lui la seule manière de se protéger de la loi des brevets, et d'une éventuelle revendication accompagnée d'un titre sur une chose que ses ingénieurs aurait par exemple inventée. Prendre brevet était donc une obligation. Mais cela n'interdisait pas à Ford, en tant que propriétaire de brevets, de renoncer à l'exercice ordinaire de ses droits, et il en était de même pour les membres des accords de licences croisées, dans les systèmes de licences obligatoires *royalty-free*. De manière générale, il n'y a en effet aucune obligation à exercer les droits du brevet d'une manière ou d'une autre, et il y a des manières bien différentes de les exercer, ou de ne pas les exercer.

Le brevet donne le droit « *d'interdire la fabrication, l'utilisation, et la vente de la chose sous brevet* ». On peut ainsi sécuriser une exploitation exclusive, en interdisant à tout autre l'usage de

61 Voir la note 42 de ce livrable.

l'invention (et on peut même geler une invention, en conservant le brevet en portefeuille, sans le mettre en oeuvre). On peut aussi produire et fabriquer en toute exclusivité; ou encore céder en bloc les droits du patent ou les abandonner au coup par coup, morceau par morceau en quelque sorte, en les transformant en différentes autorisations (et interdictions), spécifiées et modulées, touchant tout ce qui peut entrer dans le champ du patent, Cela donne alors naissance à tout un commerce de titres et de licences, et à la mise sur pied de systèmes de taxes et de prélèvements, avec collecte de redevances. Comme ces éléments peuvent être définis différemment et combinés de multiples façons, on a toutes sortes de situations possibles entre deux pôles extrêmes : d'un côté la revendication d'une exclusivité totale, suivant le principe du « tsar dans son propre domaine », de l'autre le renoncement tout aussi absolu à l'exercice de tous les droits d'un propriétaire de patent, c'est-à-dire « l'abolition du système des patents dans son propre domaine », et entre ces deux pôles un très grand nombre de situations intermédiaires. En matière de pool, le choix du degré de renoncement est en règle générale inscrit dans l'acte fondateur de l'accord passé entre les propriétaires de patents. C'est cet acte constitutif qui fixe les objectifs recherchés, les principes et les règles de fonctionnement du pool, avec en particulier les modalités d'accès aux techniques sous brevet, et à travers elles aux activités industrielles et commerciales (et parfois aussi à la recherche et à l'innovation).

A titre d'illustration, on peut présenter - dans un modèle ultra simplifié - trois situations, en allant de l'exercice le plus exclusif des droits : (a) le cartel de producteurs licenciés, (b) la gestion collective de licences, (c) le commun des techniques (voir tableau ci-joint).

(a) Le modèle du cartel est en continuité directe de celui du propriétaire unique de patents qui exploiterait de manière exclusive et industriellement son monopole légal sur un certain nombre de techniques en rapport les unes avec les autres (comme Eastman à l'époque par exemple). Le cartel est formé pour, ayant éliminé les litiges sur les patents entre ses membres, « *monopoliser l'activité d'une industrie* » en tout ou en partie, ou « *restreindre le commerce* » selon les expressions de la loi Sherman. Le pool a pour but à travers la définition d'un système de licences d'organiser d'une manière ou d'une autre l'industrie, en réservant la production et la vente aux industriels membres du pool. Les monopoles légaux des différents patents sont combinés entre eux, et généralement étendus d'une manière ou d'une autre, pour bloquer l'arrivée de nouveaux entrants, évincer certains concurrents, et faire donc jouer à plein dans le domaine industriel et sur les marchés (et éventuellement en matière de recherche et d'innovation), le principe d'une exclusivité absolue sur l'invention et ses usages. Ce pool a donc trois objectifs : la paix des patents (une pré-condition nécessaire), le contrôle et la « monopolisation » de l'industrie, l'organisation de prélèvements en faveur des propriétaires des patents.

(b) Dans la gestion collective des droits et du commerce des licences, après avoir éliminé le danger du conflit, l'objectif est d'exploiter ensemble les droits des différents patents par attribution de licences non exclusives à une population d'utilisateurs, et éventuellement à tous ceux qui le

souhaitent, comme le ferait un propriétaire unique de brevets, plus intéressé par la rente que par le contrôle des productions. On établit alors un système commun de perception de taxes sur tous les usages, accompagné d'une répartition des recettes obtenues selon une règle pré-établie. Il n'y a pas de volonté de définir ce qui doit être produit, ou de fixer les niveaux de production ou les prix (ou d'intervenir dans les activités de recherche). Le résultat attendu est simplement la collecte de redevances, la rente. Ce pool est toujours clairement en continuité directe du système des brevets, avec le concept traditionnel de la propriété exclusive sur une invention, en renonçant cependant à tout ce qui pourrait poser problème au regard des lois antitrust. Ce pool est fermé, et il n'y a pas ici de principe de partage, ni réelle création d'un commun. On a simplement une gestion collective de droits de propriété intellectuelle, assimilés à des actifs financiers pouvant générer un flux régulier de profits, ceci pendant toute la durée de vie des brevets.

Trois modèles de pools de brevets			
	Le cartel	Le commerce des licences	Le commun des inventions
Objectif général	contrôle des activités industrielles et des marchés (et parfois rente)	rente	Priorité à l'industrie, accès libre aux techniques
Production et vente	réservées aux licenciés du pool (licences exclusives)	libres (licences non exclusives)	libres
Prélèvements	parfois	oui	non (<i>royalty-free</i>)
Règles internes au pool	accord de cartel (productions, marchés, etc.)	producteurs en concurrence	producteurs concurrents (+ partage des inventions)
Règles externes (traitement des tiers)	accès interdit aux tiers	licences plus ou moins sélectives (moyennant redevances)	licences en dehors de l'accord de pool
Exemple :	MPPC	ALAM	MAA

(c) Ce troisième type de pool est formé pour partager un certain nombre de techniques sous brevet qui sont fondamentales pour une industrie, en donnant à tous les membres du pool (et de l'industrie) un même droit d'utilisation, de production et de vente, et en minimisant, jusqu'à les supprimer totalement, les prélèvements de redevances. On neutralise, on supprime même le système des brevets. Tout élément de monopole lié au système des brevets disparaît; et tous les industriels bénéficiant de ce commun peuvent utiliser librement l'invention. Ils sont en quelque sorte revenus au droit pré-existant à la loi des brevets, un « *droit qui existe en vertu de la common law et indépendamment du statut des brevets* ». C'est bien cette priorité accordée à l'activité

industrielle et au développement rapide de l'industrie, au détriment de l'exploitation des titres qui caractérise les accords de licences croisées de l'automobile et de l'aviation. Ainsi dans le cas de la *Manufacturers Aircraft Association* de 1917, les objectifs étaient dès l'origine :

(1) Arrêter la guerre des brevets opposant la *Wright Martin Co*, héritière des droits des frères Wright, et Curtiss avec ses propres brevets. Une partie des règles fondant la *Manufacturers Aircraft Association* découle de cet impératif; il fallait racheter les brevets basiques et bloquants à leurs propriétaires (d'où les 200 \$ versés pour chaque avion produit jusqu'en 1933).

(2) Créer un contexte favorable au développement industriel, afin de pouvoir répondre dans l'immédiat aux demandes de l'administration américaine et profiter dans le futur de l'essor des commandes militaires. Comme la *Manufacturers Aircraft Association* le proclamait lors de sa constitution : « *Le but de l'association est non pas de restreindre, mais d'ouvrir l'industrie afin que les responsables gouvernementaux et les constructeurs d'avions ne puissent, dans la période actuelle, être soumis à aucune contrainte abusive ou déloyale* » (*New York Times*, 7 août 1917). Toutes les mesures prises, toutes les règles établies se déduisent alors de ce but, qui conduit à partager toutes les techniques nécessaires à la construction des avions. En effet à l'exception très encadrée et limitée des compensations spéciales, toutes les inventions sous brevet sont l'objet de licences obligatoires *royalty-free*. L'Association est par ailleurs ouverte à tous les industriels qui produisent déjà des avions, et à « *tous ceux qui ont l'intention de devenir producteur d'avions bona fide* » (*New York Times*, 7 août 1917), c'est-à-dire à tous les nouveaux entrants, dans le présent comme dans le futur. Ce pool est aussi ouvert à tous ceux qui possèdent des patents intéressant l'aviation. Il s'agit donc bien de neutraliser le droit de propriété intellectuelle, et de créer un commun, comprenant tous les patents couvrant les techniques dont l'industrie a besoin, un commun accessible à tous les industriels construisant des avions; et ce commun est conçu comme pérenne, tous ses membres ayant obligation d'y déposer leurs brevets (aéronautiques) et ne pouvant ensuite les retirer, même dans l'éventualité où ils quitteraient le pool.

Références

- Anderson Robert, 1976, « The Motion Picture Patents Company : a reevaluation », in Tino Balio (ed), *The American Film Industry*, The University of Wisconsin Press.
- Bardou J.-P., J.-J. Chanaron, P. Fridenson, J. Laux, (1977), *La révolution automobile*, Albin Michel, Paris.
- Bittlingmayer, George, 1988, « Property Rights, Progress, and the Aircraft Patent Agreement », *Journal of Law & Economics*, vol 31, n° 1, 227-248.
- Bowser Eileen, 1990, *The transformation of cinema, 1907-1915*, Charles Scribner's Sons, New York.
- Cassady Ralph Jr, 1933, « Some economic aspects of motion picture production and marketing », *The Journal of Business of the University of Chicago*, vol. 6, n° 2 (April), p. 113-131.
- Clark, Jeanne, et alii., 2000, « Patent pools: a solution to the problem of access in biotechnology patents ? », United States Patent and Trademark Office, December 5, 16 pages.
< http://www.uspto.gov/patents/law/patent_pools.jsp >
- Columbia Law Review*, 1917, « Patent rights and the anti-trust laws », [anonyme], vol. 17, n° 6 (juin), 542-546.
- Cooper, Grace Rogers, 1968, *The sewing machine, Its invention and development*, Smithsonian institution, Washington.
- Dykman, 1964, « Patent Licensing within the Manufacturer's Aircraft Association (MAA) », *Journal of the Patent Office Society*, vol. XLVI, n° 9 (septembre).
- Feuer, Mortimer, 1938, « The patent monopoly and the anti-trust laws », *Columbia Law Review*, vol. 38, n° 7 (novembre), 1145-1178.
- Greenleaf William, 1961, *Monopoly on wheels. Henri Ford and the Selden automobile patent*, Wayne State University Press, Detroit.
- Hamilton, Walton H., 1941, *Patents and Free Enterprise*, reprinted in *Temporary National Economic Committee, Investigation of Concentration of Economic Power*, monograph n° 31, 76th Cong., US Government Printing Office, Washington.
- Hart, David M., 2001, « Antitrust and technological innovation in the US : ideas, institutions, decisions, and impacts, 1890-2000 », *Research Policy*, 30, 923-936.
- Harvard Law Review*, 1931, « The patent monopoly and patent pools : The end of one and the beginning of the other », [anonyme], vol. 45, n° 1 (novembre), 150-156.
- Huettig Mae D., 1944, *Economic control of the motion picture industry, a study in industrial organisation, a dissertation...*, University of Pennsylvania press, Philadelphia.
- Kerr, Catherine E., 1990, « Incorporating the Star: The Intersection of Business and Aesthetic Strategies in Early American Film », *The Business History Review*, vol. 63, n° 3 (autumn), 383-410.
- Machlup, Fritz, 1962, *The production and distribution of knowledge in the United States*, Princeton University Press, Princeton.
- MacKeigan I. M., 1946, « Patents in relation to monopoly », *The Canadian Journal of Economics and Political Science / Revue canadienne d'Economie et de Science politique*, vol. 12, n° 4 (novembre), 470-482.
- Marten, Charles, 1935, *Pooling of Patents, Hearings before the committee of patents*, 74th Cong., US Government Printing Office, Washington, 1936, 1153-1176.
- Merges Robert, 1999, « Institutions for intellectual property transactions : The case of patent pools », < <http://www.law.berkeley.edu/7937.htm#articles> >, reproduit in Dreyfuss, Zimmerman et First (éds), *Expanding the boundaries of intellectual property : innovation policy for the knowledge society*, Oxford University Press, 2001.
- Mitry Jean, 1967, *Histoire du cinéma, 1895-1914*, tome 1, Editions Universitaires, Paris.
- New York Times*, 1915, « Orders movie trust to be broken up », [anonyme], 2 octobre.
- New York Times*, 1917, « End patent wars of aircraft makers », [anonyme], 7 août.
- Owens, Larry, 1991, « Patents, the « Frontiers » of american invention, and the Monopoly Committee of 1939 : Anatomy of a discourse », *Technology and Culture*, vol. 32, n° 4 (special-issue, october), 1076-4093.

- Thomson, Ross, 1987, « Learning by selling and invention : The case of the sewing machine », *The Journal of Economic History*, vol 47, n° 2, june, 433-445.
- Renouard, Augustin-Charles, 1843, « Examen du projet de loi relatif aux brevets d'invention », extrait du *Journal des Economistes*, n° 25 (décembre), Guillaumin, Paris (20 pages).
- Renouard, Augustin-Charles, 1844, *Traité des Brevets d'Invention*, Guillaumin, Paris.
- Roland, Alex, 1985, *Model Research: The National Advisory Committee for Aeronautics, 1915-1958*, Washington, en ligne sur le site de la NASA : <http://history.nasa.gov/SP-4103/>
- Sadoul George, 1948, *Histoire générale du cinéma, tome 2 : Les pionniers du cinéma 1897-1909*, Denoël, Paris, réédition 1973.
- Sadoul George, 1951, *Histoire générale du cinéma, tome 3 : Le cinéma devient un art 1909-1920*, Denoël, Paris, réédition 1973.
- Staiger Janet, 1983, « Combination and litigation : Structures of US film distribution, 1896-1917 », *Cinema Journal*, Vol. 23, n° 2 (Winter), 41-72.
- The University of Chicago Law Review*, 1937, « Trade regulations - Antitrusts laws. Use of patents and copyrights in restraint of trade, [anonyme], vol. 4, n° 4 (juin), 684-685.
- The Yale Law Journal*, 1931, « Patent pools and the Sherman act », [anonyme], vol. 40, n° 8 (juin), 1297-1303.
- Thomas Jeanne, 1971, « The decay of the Motion Picture Patents Company », *Cinema Journal*, vol. 10, n° 2, (spring), 34-40.
- Thompson, Kristin, 1985, « Les compagnies françaises et la création de la « Motion Picture Patents Co » », in *Les premiers ans du cinéma français*, Institut Jean Vigo (Vème Colloque International), p. 116.
- Thompson, George V., 1954, « Intercompany technical standardization in the early american automobile industry », *The Journal of Economic History*, vol. 14, n° 1 (winter), 1-20.
- Toulmin, H. A. Jr, 1935, « Patents pools and cross licenses », *Virginia Law Review*, vol. 22, n° 2, 119-152.
- USA vs MPPC and others (1914), « In the District Court of the United States for the Eastern district of Pennsylvania, brief for the United States... », reprinted in *Film History* 1 [1987], 187-304.
- Jacob A. Vander Meulen, *The Politics of Aircraft* 28 (1991)
- Vaughan, Floyd L., 1925, *Economics of our patent system*, The Macmillan Company, New York.
- Vaughan, Floyd L., 1930, « The relation of patents to industrial monopolies », *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 147, *The Antitrust laws of the United States*, (janvier), 40-50.
- Vaughan, Floyd L., 1956, *The United States patent system : legal and economic conflicts in American patent history*, University of Oklahoma Press, Norman.
- Vigarosy, Antoine-Benoît, 1829, *Considérations et opinion sur cette question : continuera-t-on de délivrer, pour les inventions industrielles, des titres qui, sous la dénomination de brevets, conféreront le droit privatif d'exploiter ces inventions pendant un temps déterminé ?*, Impr. de G.-P. Labadie, Castelnaudary.
- Welsh, Charles A. Jr., 1935, *Pooling of Patents, Hearings before the committee of patents*, 74th Cong., US Government Printing Office, Washington, 1936, 1140-1153.
- Welsh, Charles A. Jr., 1948, « Patents and competition in the automobile industry », *Law and Contemporary Problems*, vol. 13, n° 2 (spring), *The patent system*, 260-277.

ANNEXE A : Les patents de la MPPC

Lors de sa création, seize patents furent assignés par quatre compagnies à la MPPC :

(1) Les deux patents reissues d'Edison, sur la caméra et le film (respectivement le #12037 devenu plus tard #13329, et le #12192).

(2) Trois brevets de la Biograph, c'est-à-dire le brevet sur la boucle Latham (#707,934)¹, le brevet sur l'obturateur Pross, et le brevet sur la vieille caméra à friction de la Biograph (#629,063).

(3) Six brevets de la Vitagraph sur différentes améliorations apportées aux projecteurs.

(4) Cinq brevets de l'Armat Cy sur des caméras et des projecteurs, le plus important d'entre eux étant le patent de Jenkins et Armat (#586953), dont l'élément le plus important était l'obturateur.

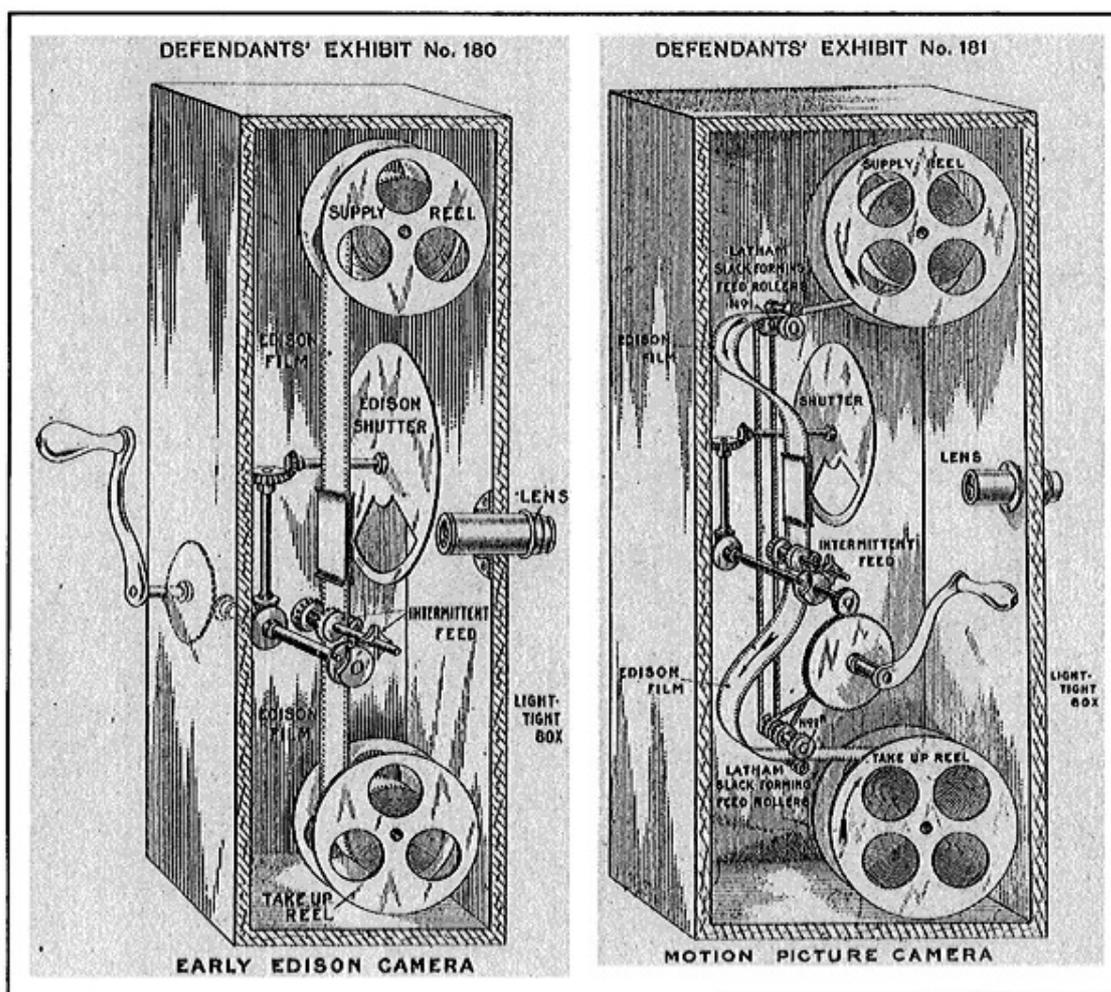
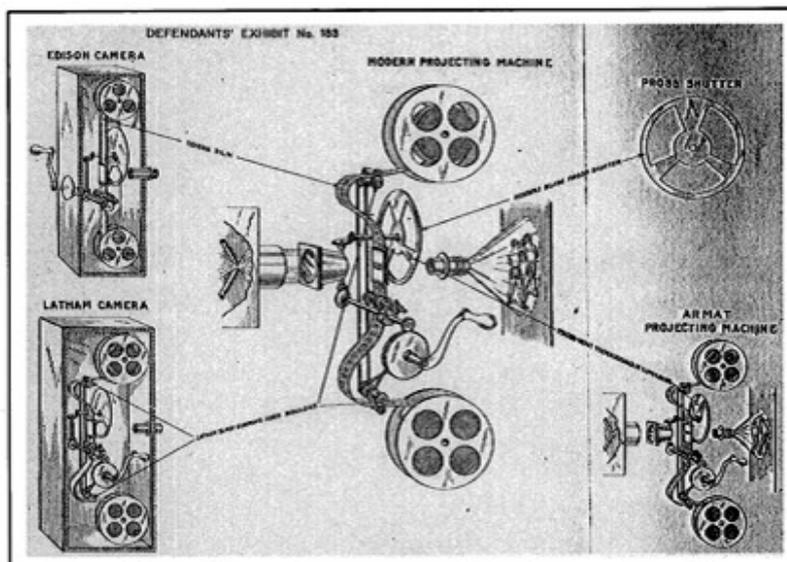
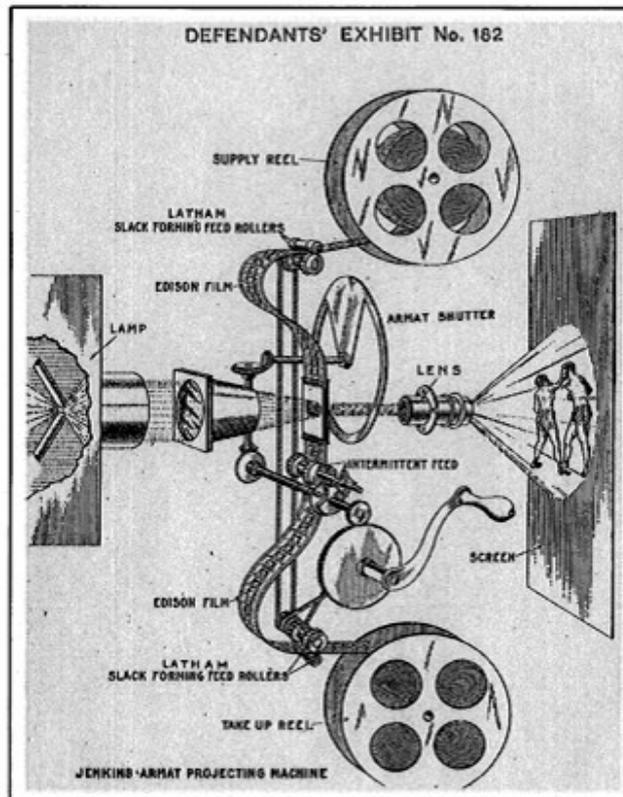


Figure 7. These schematic diagrams were offered in evidence by the defendants to demonstrate their contention that the modern motion picture projector was entirely dependant on key patents controlled by MPPC members.

1 Le 24 août 1912, le juge Learned Hand rejetait la plainte de la MPPC contre l'*Independent Moving Picture Cy* en invalidant la fameuse boucle Latham. Bien que cette boucle soit utilisable dans les caméras, constate le juge, elle a été inventée pour un projecteur, et les *claims* du patent ne portent pas sur les caméras. De plus, dans le cas des projecteurs, cette revendication est sans valeur, car ce dispositif avait été anticipé dans des projecteurs plus anciens (Steiger, 1983, p. 55).



ANNEXE B : « tying » dans l'utilisation des appareils brevetés



source : *United States v. Motion Picture Patents Cy, Brief for the United States*, octobre 1914

ANNEXE C : Article du *New York Times* du 2 octobre 1915

ORDERS MOVIE TRUST TO BE BROKEN UP

It Violates the Sherman Law,
Federal Court in Phila-
delphia Holds.

EXCEEDED PATENT RIGHTS

Government Confers No License,
Court Says, to Do What Anti-
Trust Law Condemns.

PHILADELPHIA, Oct. 1.—The United States Government won a sweeping victory in one of its important anti-trust cases today when Judge Oliver B. Dickinson in the United States District Court handed down an opinion dissolving the moving picture trust, on the ground that it was violating the Sherman law regulating interstate and foreign commerce. The decision was rendered against the Motion Picture Patents Company, the General Film Company, and many other concerns and individuals manufacturing motion picture films and accessories or controlling the rights of their manufacture. Many millions of dollars are involved in the business.

The court made no suggestions as to how the alleged combination was to be dissolved, but requested that a decree be submitted for approval. The defendants in their argument laid stress upon the rights of those holding patents to do with their property what they thought best, but the court in its opinion said that the granting of a patent did not confer a license to do that which the law condemned. The court found that the defendants went far beyond what was necessary to protect patent rights and that their acts constituted a violation of the anti-trust laws.

It was charged by the Government that the monopoly was formed in 1908 by virtually all the manufacturers of moving picture films in the country. Under an agreement made by these concerns, it was alleged, the Motion Picture Patents Company was made the holding concern of nearly all the patents that had been issued. A list of theatres and moving picture places was prepared, and no film exchange, it was alleged, was permitted to distribute films to any exhibitor except those named on the list. Uniform prices and rules were made, it was further alleged, and if the film exchanges did not observe the orders of the so-called trust their supply was cut off.

The suit was filed on August 16, 1912, and final argument was heard in December, 1914. The suit was conducted for the Government by Edwin P. Grosvenor, special assistant to the Attorney General.

Many Defendants Named.

The defendants named in the original petition of complaint besides the Motion Picture Patents Company are the General Film Company, Biograph Company, Thomas A. Edison, (Inc.) Essanay Film Manufacturing Company, the Kalem Company, (Inc.) George Kleine, Lubin Manufacturing Company, the Melies Manufacturing Company, Pathe Freres, the Selig Polyscope Company, the Vitagraph Company, Frank L. Dyer, Henry N. Marvin, J. J. Kennedy, William Pelzer, Samuel Long, J. A. Berst, Siegmund, Lubin, Gaston Melies, Albert E. Smith, George K. Spoor, and W. N. Selig.

In its decision the court says that all the contracts enumerated in the Government's petition and the combination therein described were a conspiracy in restraint of trade and therefore illegal, and that they constituted, with the exception of the operations of the Melies Manufacturing Company, a monopoly in violation of the anti-trust laws. With reference to the Melies Company the court said:

"The Melies Manufacturing Company has denied (as have all the defendants) that it was in any sense a party to the combination charged. We have gone over all the proofs without finding any which go to making good the charge against this particular defendant. It is, therefore, excluded from the findings made and the petition as against it is dismissed."

The court added the following paragraph to its formal finding:

"The point has been raised by the United States that the Edison patent on the picture film was limited to its negative, and did not cover the positive motion picture films which were dealt in commercially. The conclusions to which we have arrived have been reached without such a finding."

Privileges of a Patentee.

The court dismisses the rights of the holders of patents, saying:

"It is the right of patentees through having exclusive sale of the patented article to control and in that sense to monopolize the trade in it. It is wrong by an illegal restraint of trade to monopolize it or any part of it. On the one hand, it cannot have been intended to make it unlawful to acquire that the right to which the law has conferred. On the other hand, it cannot be that the grant of patent right confers a license to do that which the law condemns."

The court quotes the decision in the bathtub case and says:

"We would feel constrained, on the authority of this case alone, to find that the agreements and acts of the defendants in the present case went far beyond what was necessary to protect the use of the patents or the monopoly which went with them, and that the end and result, which would be expected to be and was accomplished, was the restraint of trade condemned by law."

Finds Plan to Control Trade.

"We would not be justified and would certainly have no wish to deny the presence of the very laudable motives, which defendants avow in their answer, some of which were to gratify the desire to allay bickerings and recriminations among themselves, to advance and improve the art, to protect the morals of the public, and, as they frankly admit, to make money for themselves."

"Certain it is that the end and purpose of the plan was to dominate and control the trade in all the accessories of the art and, in order to assure this, to control the entire motion picture business. We are driven to this conclusion, not only because that is the plain meaning of what they did, but also because they themselves categorically declare the latter to be the imperative need of the business and one which they alone could supply. The need was for a single directing and regulating head."

"This extended even to a censorship of what was shown. The United States could not, and the States would not, interpose for the purpose of regulation, and the defendants claim the credit of having performed this neglected duty of the State. In doing all that was done the defendants not merely deny the illegality of either end or means, but also lay claim to commendation. We only mention this to make clear the fact that they did monopolize, and the only question left is whether this monopoly is a lawful monopoly or was accomplished through an unlawful restraint of trade."

The court sketched the formation of the alleged illegal combination, showing that it was created in 1908 and that the total investments amounted to millions of dollars. The plan was, according to the court, to combine the manufacturers and importers of film into one interest. Lists of exchanges and of theatres were prepared and no exchange was permitted to have films and no theatre permitted to exhibit them without the consent of all of the defendants. The names of none appeared upon these lists except such as bought all supplies from the defendants and any who dealt otherwise were dropped: Every theatre was required to pay a royalty for the use of a projecting machine, even when the machine had been owned by the exhibitor before the combination was formed.

The court showed how the alleged combination exercised its power and came to the conclusion that the defendants went beyond the limits of the law.

The New York Times

Published: October 2, 1915

Copyright © The New York Times

ANNEXE D : Repères chronologiques

Cinéma

- 1908, formation de la *Motion Picture Patents Company*.
1910, *MPPC v. Ullman et al.* : le juge estime que les licences issues des patents doivent être respectées, même si la combinaison des patents est illégale pour la loi Sherman.
Création de la *General Film Company* en 1911.
Août 1912, ouverture de la procédure visant la MPPC pour infraction à la loi Sherman.
24 août 1912, invalidation de la boucle Latham dans *MPPC v. Independent Moving Picture Cy*.
Novembre 1912, décision de la Cour Suprême dans *Standard Sanitary Manufacturing Cy v. United States* (le Bath-tub case).
Janvier 1913, début des audiences dans *US v. MPPC et al.*
Mars 1915, la MPPC poursuit l'*Universal Film* pour infraction aux licences (problème du *tying arrangement*) [tranché en 1917 seulement].
Octobre 1915, condamnation de la MPPC et de la Film Co [et décomposition progressive du cartel] *decree* pris en janvier 1916 (dissolution de la MPPC, dommages et intérêts).
9 avril 1917, la Cour Suprême condamne la pratique du *tying* (in *Motion Picture Patents Co v. Universal Film Mfg Co*).
1918 l'appel de la MPPC contre le *decree* est rejeté. Dissolution officielle.

Automobile

- Janvier 1911, fin du procès Selden.
1912, dissolution de l'ALAM et formation de l'*Automobile Board of Trade* [qui devient assez vite la *National Automobile Chamber of Commerce*].
apparition aussi de la *Society of Automotive Engineers*.
1915, mise sur pied d'un accord de licences croisées dans l'industrie par la *National Automobile Chamber of Commerce*
Parallèlement, politique d'Henry Ford « *d'abolition des patents* » dans sa sphère d'influence.
1915 à 1925, première forme de l'accord de licences croisées, portant sur les patents possédés en 1915 et déposés après.
1921, la Ford Motor Cy occupe 55 % du marché automobile américain des voitures particulières (avec uniquement des Ford T).
1925 à 1955, renouvellements successifs de l'accord de licences croisées portant sur les patents détenus au moment de la signature...
1934, la *National Automobile Chamber of Commerce*, qui gère le pool, devient l'*Automobile Manufacturer's Association*
Disparition du pool vers 1955

Construction des avions

- Janvier 1917, les Secrétariats à la Guerre et à la Marine nomme une commission pour stopper la guerre des patents.
6 avril 1917, déclaration de guerre des Etats-Unis à l'Allemagne.
Juillet 1917, formation d'un accord de licences croisées (*Manufacturers Aircraft Association*) :
11 membres au départ et 130 patents,
fin des litiges juridiques dans l'industrie,
200 \$ de royalties par avion sont prévus pour les patents des frères Wright [125 \$] et de Curtiss [50 \$] et pour frais administratifs [25 \$],
Mars 1918, les 200 \$ de royalties par avion sont ramenées à 100 \$ par décision gouvernementale.
2 juillet 1921, retour au 200 \$.
22 mai 1923, expiration du brevet des frères Wright, arrêt des versements à la Wright-Martin Co [175 \$ à Curtiss, 25 \$ à la MAA].

- 31 décembre 1928, refonte du mode de calcul du prélèvement de la royauté de 200 \$ (2% du prix de l'avion sans moteur ni hélice, avec un maximum de 200 \$ par avion),
321 brevets dans le pool.
- 30 octobre 1933, expiration du dernier brevet de Glenn Curtiss; la redevance tombe à 25 \$ (pour la MAA), ramenée à partir de 1935 à 0,25 % du prix d'un avion (puis 0,125 %).
- 1935, environ 300 brevets dans le pool, dont 30 seulement donnent lieu à royalties.
- 1963, le pool intègre plus de 6000 brevets (dont 300 donnent lieu à compensation spéciale).
- 1972, ouverture d'une enquête du *Department of Justice* visant la *Manufacturers Aircraft Association*.
- 1975, *consent decree* entraînant la disparition du pool.

ANNEXE E : Le mouvement de standardisation

On peut définir de manière très générale les standards comme de simples conventions pour un usage commun. Ces conventions sont particulièrement nécessaires dans l'industrie automobile. La définition et le respect des standards facilite en effet l'établissement et le maintien dans la durée des coordinations techniques, une question cruciale pour une industrie où sont mobilisées de nombreuses matières différentes, et assemblées un très grand nombre de pièces et équipements produits par des entreprises différentes. Les standards représentent lors une sorte de commun, dont l'utilisation est une source d'économies importantes dans la fabrication, les opérations de maintenance, et les échanges marchands.

A l'origine du mouvement de standardisation de l'industrie automobile, on trouve encore l'ALAM, et plus particulièrement son comité technique. L'association des licenciés du brevet Selden offrait en effet un cadre favorable à la coopération technique dans l'industrie, et la *Mechanical Branch* de l'ALAM organisa à partir de 1903 des réunions d'ingénieurs pour échanger des informations et des données scientifiques sur la production et les ateliers; le principe étant ici le « libre échange ». A l'arrière plan, il y avait aussi la reconnaissance de l'importance sociale des ingénieurs, et de leur fonction centrale dans l'établissement d'une certaine standardisation technique. De 1906 à 1909, des standards sont donc définis et diffusés parmi les membres de l'ALAM, comme des nomenclatures communes pour les qualités d'acier, la définition des bougies, les dimensions des jantes de roues, les filetages des vis, etc.

Après la disparition de l'ALAM, la définition des standards passa à la *Society of Automotive Engineers*. Il y avait alors dans l'industrie un grand nombre d'assembleurs liés chacun à certains fournisseurs; et dans la crise de 1910, beaucoup de ces fournisseurs disparurent, avec alors conséquence une interruption dans les approvisionnements, des approvisionnements qui étaient restés spécifiques, ce qui désorganisait la production des assembleurs. La demande pour une certaine standardisation technique favorisant la coordination inter-entreprises s'accroît alors; et la standardisation va alors être prise en charge et même organisée par la *Society of Automotive Engineers*. Des ingénieurs représentants les producteurs et les utilisateurs concernés collectent alors les données ou analysent les expériences avant de les généraliser; le principe est la discussion la plus large possible (afin de faciliter l'adoption ultérieure du standard). Les standards sont ensuite fixés dans des comités et conférences spécialisés, puis publiés officiellement sous forme de « *Standard Sheets* ». En 1921, 224 ensembles de standards et pratiques recommandées avaient ainsi été créés et publiés, avec une réduction importante des variétés et des interfaces techniques, rendant interchangeable les pièces ou les équipements. Ces standards connurent au cours des années 1910-1920 une diffusion importante, et furent très largement adoptées par les plus petites entreprises de l'industrie, et par les constructeurs les plus dépendants d'un approvisionnement extérieur.

De manière très significative, en 1912, sur les 109 membres du *Standard Committee* de la *Society of Automotive Engineers*, il n'y avait que 3 ingénieurs venant de la General Motors et aucun de Ford, Studebaker, Willys-Overland ou Reo, alors que ces constructeurs produisaient 49 % des véhicules (Thompson, 1954, p. 10-11). La GM était d'ailleurs surtout intéressée par les standards sur l'acier, et pour le reste développait ses propres standards en interne, parallèlement à un mouvement d'intégration progressive de la fabrication des équipements et des pièces. Il en était de même pour Ford, dont la politique générale était de produire tout ce dont il avait besoin, avec comme slogan « *From Mine to Finished Car : One Organization* ». Le degré élevé d'intégration des constructeurs les plus importants, accompagné d'une standardisation poussée en interne, réduisait leur besoin d'une standardisation inter-entreprises. Le programme de définition des standards de la *Society of Automotive Engineers* devait d'ailleurs changer au cours des années 20, avec une implication plus importante des ingénieurs venus de la General Motors. Ainsi en 1925, dans 16 des divisions fixant les standards (sur 21), on trouvait des ingénieurs de la GM, mais aucun de Ford, ce qui reflétait bien l'extrême individualisme du fondateur de la firme. Le type de standards change alors progressivement; ceux portant sur les composants ou les équipements tendent à disparaître, et l'attention la plus grande est accordée aux standards qui portent sur les échanges avec les autres industries (Thompson, 1954, p. 132).

On peut comparer le travail de standardisation et le pool des patents. On a le même principe de constitution d'un commun, d'un ensemble de ressources partagées par toute une industrie, mais ces deux communs sont différents, par les ressources concernées (les standards d'un côté, les droits de patents et d'usage des techniques de l'autre), et parce qu'ils ne sont pas produits et gérés par les mêmes organisations, et ne relèvent pas non plus des mêmes « économies ». Le commun du pool des patents et de « l'abolition » du système des patents d'Henry Ford appartiennent clairement à « l'économie des droits », et n'auraient d'ailleurs pu exister si toutes les inventions étaient directement entrées dans le domaine public. Le commun des standards a une autre origine, les problèmes de l'activité industrielle et les interactions techniques. Il reste que la neutralisation du principe d'exclusivité qui accompagne le patent, pour son remplacement par un principe de partage, a certainement été un élément favorisant en pratique l'établissement des standards, en éliminant une cause éventuelle de conflits ou d'opposition (Thompson, 1954, p. 15-16).