

## LE DROIT DES BREVETS, DEMAIN - POINT DE VUE FRANÇAIS -

Jean-Marc Mousseron [✉]

Reconstruire le passé est oeuvre de recherche. Construire le présent exige de la science. Concevoir le futur appelle l'imagination. On peut se demander quel est l'effort le plus exigeant et le plus risqué. Peut-être est-ce le dernier puisque, à plus ou moins brève échéance, l'annonce ou son inverse peuvent être vérifiés. On peut, tout au moins, se parer d'humilité pour s'exposer au démenti.

Ces précautions d'écriture permettent de s'interroger sur le devenir du système des brevets pour la France dans les vingt ou trente années qui viennent. Mes observations vaudront pour les brevets mais ont quelques chances de s'appliquer aux autres propriétés intellectuelles. Elles sont, surtout, très probablement valables pour les expériences étrangères, des pays européens tout particulièrement, dont le développement industriel est voisin du nôtre.

L'observation de cette évolution peut-elle se doit-elle ? Elle doit alors s'intéresser, tour à tour, à la PRÉSENCE (I) et au RÔLE (II) à venir des brevets d'invention.

### I- LA PRÉSENCE FUTURE DES BREVETS

L'évolution des brevets s'exprime en termes de domaine (A) et de nombre (B).

#### A- Le domaine des brevets

Le domaine des brevets est allé en s'élargissant au cours des dernières décennies et le phénomène a toutes chances de se maintenir, de se développer, voire de se diversifier dans les années qui viennent.

Les années 70 avaient rejeté la brevetabilité de ce que l'on appelait, alors, *software* ou programmes et que l'on dénomme, plus fréquemment, aujourd'hui, logiciels. Se glissant dans les interstices maintenus tant par la loi française du 2 janvier 1968 que par la *Convention de Munich*, voire celle de Washington, l'accès à la réservation par la propriété industrielle est venue doubler l'accès à la propriété littéraire et artistique proclamée en France par la loi du 3 juillet 1985 après que la jurisprudence l'ait, précédemment, admis. Les décisions des Chambres de recours de l'Office européen des brevets établissent, plus nettement que les jugements des tribunaux français peu sollicités, cette disponibilité. On en est à s'interroger sur l'obstacle à l'application du droit d'auteur aux situations où l'intervention des brevets serait possible.

Un secteur plus récent concerne les bio-technologies même si des réactions profondes, culturelles en quelque sorte, mobilisent la non-brevetabilité des espèces animales ou, plus largement, la contrariété à l'ordre public et, selon nous, aux bonnes moeurs, largement entendues, pour freiner la réservation des inventions concernant ou approchant de trop près l'espèce humaine. Le temps où l'écart du vivant s'imposait est bien éloigné et la ligne de partage entre inventions brevetables et inventions non brevetables se déplace, chaque jour, davantage en faveur des premières.

Imaginer ce que seront, demain, les domaines émergents de la réservation par brevet revient à s'interroger sur ce que seront demain les zones nouvelles conquises par la science; elles échappent à nos prévisions personnelles. On peut simplement considérer que des droits qui, comme le nôtre, ont toujours eu une attitude de faveur à la réservation devraient, demain, maintenir leur attitude et favoriser la diversification des secteurs de la technique qu'intéresse la technique des brevets. On peut, sans doute, s'inquiéter des difficultés d'application. Elles ne sont pas dirimantes. La loi de 1844 dont la première application bénéficiait à des socques à semelles de bois a pu accueillir les

inventions de la chimie la plus fine; d'autres adoptions seront possibles par la décision de la loi ou de règlements B pensons aux précédents des brevets sur micro-organismes B, voire de la jurisprudence et, plus simplement, de la pratique.

## **B- Le nombre des brevets**

La diversification des domaines B des classes B d'inventions n'explique pas un autre phénomène, plus important encore, selon nous, qui tient au nombre même des brevets.

Deux observations doivent être avancées.

Les premières concernent le nombre des demandes, dont nous rappelons qu'elles sont, seules, créatrices de propriétés industrielles et dont le brevet est le simple titre. Au cours des trente dernières années, le nombre de dépôts pour la France a pratiquement doublé passant de 49 341 en 1967, à la veille de la réforme majeure de 1968, à 89 753 en 1995, dernier exercice dont les résultats aient été publiés. La facilité et le moindre coût des procédures de demande, d'instruction et de délivrance des brevets liés aux grandes conventions de Munich et de Washington sont, bien entendu, à l'origine immédiate de ces développements. L'origine des brevets dont les deux tiers sont obtenus par les voies internationales et 80 % émanent d'étrangers l'atteste aisément. On peut, d'ailleurs, vérifier la proposition en observant que si, en chiffre bruts, les demandes françaises émanant de Français ont diminué à raison, sans doute de l'élévation du seuil de brevetabilité par addition de l'exigence d'activité inventive aux conditions classiques de caractère industriel et de nouveauté, les dépôts étrangers, faits par nos nationaux sur des marchés étrangers ont, eux-mêmes, augmenté dans les mêmes proportions.

Une seconde observation concerne la durée des brevets. Dans la mesure même où la grande majorité des brevets pour la France sont des brevets réflexes déposés après l'expérience préalable de dépôts originaires, on peut penser, l'exigence d'activité inventive aidant, que le niveau moyen des inventions brevetées en France s'est élevé depuis les années 70, date d'entrée en vigueur de la réforme française, et, surtout 80, date d'entrée en vigueur des systèmes de Munich et de Washington. Les brevets correspondent, par conséquent, à des investissements préalables plus importants que leurs auteurs souhaitent amortir sur une plus longue durée de leurs droits.

Il en résulte une augmentation sensible du nombre des brevets pour la France. Si celui-ci était estimé, il y a trente ans, à 300 000 titres, environ, le nombre avoisinera le million dans les proches exercices. On peut, éventuellement, s'interroger sur le volume ou la nappe d'informations réservées après la promotion des revendications et le criblage des dépôts par les procédures d'examen de l'OEB.

Je ne pense pas que ces correctifs de mesure extrêmement délicate puissent atteindre la conclusion générale à laquelle nous sommes parvenus.

Nous concluons, donc, à une élévation sensible de la densité des propriétés industrielles dont doit tenir compte tout industriel intéressé à sa liberté d'exploitation.

Vont dans le même sens les observations tenant aux effets complémentaires de réservation que les modes indirects que sont, chaque fois, les autres types de réservation, par marque et droits d'auteur, par exemple, peuvent développer. Il faut y attacher, également, les formes indirectes que constitue le recours à la responsabilité civile en matière de concurrence déloyale et parasitisme, en particulier: le développement en est considérable, en France, sans doute, mais dans bon nombre d'autres pays, tout pareillement.

Nous ajouterons qu'avec sa durée, s'accroît l'espace que le brevet aura pour assiette. L'amplification du nombre des brevets l'établit mais aussi leur régionalisation. Il est difficile de se

prononcer sur la prochaine entrée en vigueur du brevet communautaire, voire son élargissement à d'autres partenaires. Inutilement prévue pour la fin des années 70 conjointement à celle du système européen de délivrance de brevets nationaux, la mise en application de la Convention de Luxembourg paraît hypothétique, aujourd'hui. Nous ne devons pas pour autant lui être indifférents. Une nouvelle flambée de vigueur européenne pourrait provoquer son décollage.

L'allègement des effets du brevet pourra avoir le même effet. Leur mise en oeuvre contentieuse facilitée par regroupement de procédures nationales devant un même juge peut les rendre plus attractifs; les premiers frémissements de l'euro-injonction préfacent des développements très importants pour la gestion des portefeuilles de brevets.

Aux brevets s'intéressent, chaque jour davantage, les industriels soucieux de réserver leurs propres innovations comme ceux qui sont et seront de plus en plus tenus de s'intéresser et de se questionner sur les obstacles opposés à leur propre liberté d'exploitation. La recherche devra être d'autant plus minutieuse que le nombre même des brevets et leur enchevêtrement attire et attirera l'attention sur le doublement de leur effet de réservation pour leur effet de blocage. Les perfectionnements et les inventions dépendantes, procédé dépendant du brevet de produit, groupement dépendant du brevet réservant l'un des composants... peuvent être couverts par des brevets valables sans être pour autant de libre exploitation, les licences autoritaires B très peu pratiquées B prévues pour les cas de perfectionnement n'étant point applicables aux simples cas de dépendance, selon nous plus nombreux.

## II- LE RÔLE FUTUR DES BREVETS

Une réflexion rapide montre comment la propriété industrielle qu'établit la demande d'un brevet répond au double souci de réservation (A) et de commercialisation (B) d'une information. Il est, donc, normal que le brevet apporte à ce double égard et que l'avenir de celui-ci doive être observé à chacun de ces deux propos.

### A- Le rôle futur de réservation des brevets

Le droit de brevet obtient, aujourd'hui, à son titulaire, un monopole de fabrication, sans doute, mais aussi d'importation, de première commercialisation et, même, d'utilisation des objets incorporant son enseignement.

La question se pose du maintien de toutes ces prérogatives. De fortes atténuations d'ores et déjà intervenues posent un problème de lourdes conséquences pour les temps qui approchent. L'expression commune d'\*épuisement du droit+ recouvre, alors, des mécanismes et des situations économiques qu'il faut bien distinguer sous peine de regrettables confusions.

L'épuisement \*national+ du droit de brevet a été envisagé, au début du siècle, par le juriste allemand Joseph Kohler. Il signifie que le breveté épuise son droit national par la première commercialisation de l'objet incorporant son enseignement et que les restrictions ultérieures à la commercialisation de cet objet, voire à son utilisation ne peuvent pas s'autoriser de cette propriété industrielle. En l'absence de disposition expresse de la loi, le droit français ignora longtemps cette restriction du droit et devait expliquer par la lourde et périlleuse formule des \*licences tacites+, la renonciation du breveté au maintien de ses prérogatives au-delà de la première vente de l'objet breveté. Il a fallu attendre la réforme du 13 juillet 1978 pour que l'actuel article L.613-6 du *Code de la propriété intellectuelle* énonce: \*Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas aux actes concernant le produit couvert par ce brevet accomplis sur le territoire français après que ce produit a été mis dans le commerce en France... par le propriétaire du brevet ou avec son consentement exprès+. Notons que ce mécanisme est proprement interne et n'affecte pas, en particulier, l'obstacle que tout brevet national oppose à l'importation sur le territoire national réservé du produit, régulièrement fabriqué ou non, en provenance de l'étranger.

La même expression d'\*épuiement du droit+ (\* *RechtsErschöpfung*+) a été utilisée pour désigner l'effet d'une règle de droit communautaire posée par les autorités européennes pour trancher le conflit entre les réservations territoriales nationales développées par les brevets et le principe, essentiel pour la *Convention de Rome instituant le Marché commun*, de la libre circulation des marchandises à l'intérieur de la présente Union européenne. La Cour de Justice des Communautés Européennes de Luxembourg (CJCE) a affirmé la prééminence du second sur les premières, le titulaire d'un brevet français ne peut plus l'opposer à l'importation d'un produit fabriqué avec son autorisation dans un autre pays européen B et cela seulement B ou son indifférence dans le cas où le brevet national n'a pas fait l'objet d'une extension dans le pays de provenance de l'objet considéré. La loi du 31 décembre 1993 a ajouté au texte précédent: \*...ou sur le territoire d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen...+.

Le caractère exceptionnel de la règle conduit à condamner toute proposition en faveur de l'épuiement \*international+ du brevet. Comme bon nombre d'autres systèmes, tel, en dernier lieu, le système danois, le droit français écarte ce concept et fait, au contraire, triompher l'idée de contrefaçon par importation, quelle que soit l'origine, régulière ou irrégulière, des produits importés. Les règles de droit des brevets reçoivent parfaite confirmation de la jurisprudence en matière d'importation de produits marqués. On peut, toutefois, se demander si cette construction ordinairement admise en tous pays ne connaît pas, aujourd'hui, quelques menaces et lézardes. La proximité du droit belge a attiré notre attention sur quelques décisions récentes rendues en matière de marques par les juridictions belges. Plus fort a été l'émoi ressenti dans les milieux professionnels après l'arrêt de la Cour de Tokyo du 23 mars 1995 (Shuzaku YAMAMOTO, *A reversal of fortune for Patentees and Parallel Importers in Japan*, *EIPR* 1995.341). Il suffit, alors, de constater la vigilance des producteurs et de leurs éventuels partenaires locaux face aux importations sauvages de produits authentiques pour mesurer la résistance que l'épuiement international du brevet B et des autres propriétés industrielles B rencontrent et rencontreront. Le succès, total ou partiel, en matière de marque autant que de brevet modifierait, alors, sensiblement le rôle futur des brevets d'invention dans la commercialisation des techniques.

Les inquiétudes et regrets personnels devant l'éventuelle généralisation de telles solutions ne peuvent en écarter la possible cohérence à certains aspects de la mondialisation de l'économie. On peut imaginer la réduction du droit de brevet à un monopole de fabrication et de première commercialisation, les produits authentiques ainsi obtenus et mis en première vente en conformité avec le brevet régnant sur l'État ou le groupe d'États de leur obtention pouvant, alors, librement circuler dans le monde entier. Bien plus que le succès de la jurisprudence communautaire développée sous ce sigle, ce serait le triomphe des thèses défendues, dans le seul cadre national, par Kohler au début du siècle. Le breveté B en tant que tel B perdrait, alors, tout droit de regard sur la commercialisation [...] et l'utilisation des produits qu'il aurait, seul, pu (faire) fabriquer. Demeureraient les instruments contractuels, sous réserve de la police du droit de la concurrence. Pionniers dans la construction du droit international de l'entreprise, les systèmes des propriétés industrielles comportent-ils les prodromes d'un droit mondial à ses premiers balbutiements.

Là est le débat majeur de l'évolution du droit des brevets pour les prochaines décennies.

## **B- Le rôle futur de commercialisation des brevets**

Loin d'être contradictoire à la volonté de réservation des inventions, le souci de leur commercialisation la précède, souvent, l'appropriation de l'information naissant, souvent, du souhait de pouvoir tirer finances de sa mise à la disposition de tiers. Aussi comprend-on aisément que les modifications intervenant sur le premier volet des fonctions du brevet aient des conséquences immédiates sur le second. Nous considérerons, toutefois, ici les mouvements correspondant à l'état présent du droit des brevets.

Il est, alors, banal d'avancer qu'à la multiplication des restructurations d'entreprises se marie celle des transferts de brevets sous forme de cessions, apports en sociétés, échanges, mutations liées aux fusions et apports partiels d'actif. [...] Il n'est pas plus audacieux d'estimer qu'à la prolifération des brevets correspondra une augmentation du nombre des transactions développées à leur propos: \*cherchez vos licenciés parmi vos contrefacteurs+ pourra s'appliquer plus largement.

Plus précisément, encore, les phénomènes, toujours plus nombreux, de domination-dépendance susciteront la multiplication de licences, unilatérales ou croisées, ou des formules de non-opposition, qu'une moindre recherche de l'intervention publique vouera à la discussion conventionnelle plus qu'aux formes autoritaires multipliées hier par le législateur mais pratiquement ignorées de la pratique et des praticiens.

La multiplicité de ces contrats, le développement corrélatif du contentieux, tant arbitral que judiciaire, à leur propos, particulièrement significatif des dernières années, peut avoir pour conséquence l'établissement en usage de pratiques contractuelles disséminées; les solutions retenues en matière de durée des contrats, de jeu des redevances, de communication de savoir-faire d'accompagnement, voire de garantie et responsabilité pourront, par conséquent, s'élargir des contrats qui les prévoient à ceux qui ne s'en soucient apparemment pas.

Il faut, plus largement, penser que la technicité accrue de toutes les activités multipliera les transferts de techniques de toutes natures et en tous secteurs. Il ne s'agit pas, alors, d'identifier technique réservée à technique brevetée ni contrat de transfert à licence de brevets. Le savoir-faire non breveté acquiert, chaque jour, en tous domaines davantage d'importance et, bien souvent, les licences de brevet avec ou sans clause de communication de savoir-faire, complémentaire ou différentiel, ont cédé la place à des licences de savoir-faire non approprié,, comportant des clauses de propriété industrielle obligeant le communicant ou concédant à ne pas gêner l'exploitation du *know how* non breveté par la mise en oeuvre de possibles propriétés intellectuelles appropriant ou dominant tel ou tel de ses éléments. La présence de cette composante \*licence de brevet+ dans des conventions de licence de savoir-faire appelle, alors, à réduire la distinction inutile faite entre les locations d'inventions appropriées et les contrats d'enseignement relevant du louage d'ouvrage.

Les rapprochements des régimes se multiplient: le nouveau règlement communautaire du 31 janvier 1996 relatif aux transferts de technologie a substitué un régime unique aux exemptions collectives dissociées des licences sur savoir-faire breveté de 1984 et non breveté de 1988; dans une mesure bien plus réduite, les décrets du 2 octobre 1996 sur la prime d'intéressement des agents du secteur public à l'exploitation de leurs inventions brevetées et des \*travaux valorisés+ vont dans le même sens; il en est de même de diverses mesures fiscales. Ces mesures valident nos prévisions d'un rapprochement des régimes juridiques des créations dont nous indiquions, voici dix ans, qu'il se ferait non pas au coeur des mécanismes mais à leur périphérie concernant, en premier, fiscalité, règles communautaires et conditions des créations de salariés. Ce mouvement a toute raison de s'amplifier demain. Il est intéressant de noter que la doctrine française établie en fonction de la dissociation des qualifications commence à en suggérer le rapprochement de leur nature juridique.

Nous relevons, alors, que le regroupement se fait par attraction du droit des brevets parce que celui-ci est le régime le plus construit, le plus systématisé parmi ceux qui gouvernent le sort des nouveaux biens intellectuels. Alors même, par conséquent, que la place des brevets dans la commercialisation des techniques paraît se réduire, le rôle de son droit augmente. Qui tirerait argument de la première observation pour s'en désintéresser doit songer à la seconde pour fortifier sa maîtrise des transferts contractuels.

Seuls, les soucis de la recherche et de la réflexion comme les habitudes de la pédagogie peuvent conduire à dissocier les mouvements qui animent la présence et le rôle des brevets dans les dix,

vingt ou trente années qui viennent. L'accroissement des brevets aura, physiquement, des effets sensibles sur leur rôle pour la réservation comme pour la commercialisation des informations [...] et réciproquement, faut-il, immédiatement ajouter. En un temps d'interactivité, il ne fallait point s'attendre à autre chose.

Écartons, alors, l'idée selon laquelle les mouvements qui affectent telle propriété industrielle, les brevets par exemple, pourraient demeurer sans conséquence sur les autres propriétés [...]. Aux premiers temps d'application des règles communautaires aux opérations sur marques, il était facile et de bon ton d'annoncer que le phénomène leur était spécifique et n'avait aucune chance ni raison de gagner le domaine voisin des brevets d'invention. Quelques années ont suffi pour balayer les objections et les espoirs non fondés.

À ceux qui, parfois déroutés par la complication accrue des mécanismes internationaux, se substituant, pourtant, à la complication démultipliée des règles nationales, ont annoncé le déclin du brevet, il est prudent de conseiller une révision de leurs comportements. Quantitativement et qualitativement, le jeu de ces règles ira singulièrement croissant dans les vingt ou trente ans à venir, tout au moins. Ne remplaçons pas une myopie déjà fâcheuse par une presbytie trop hasardeuse. Trente ans c'est la durée d'activité d'un homme [...] peu de temps, par conséquent.

---

[\*] Jean-Marc Mousseron, 1997.

\* L'auteur est, entre autres, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montpellier et président de l'École du droit de l'entreprise.