

Rééquilibrer le droit des brevets ?

Bertrand WARUSFEL

*Professeur à l'Université Paris 8,
avocat au barreau de Paris (FWPA)*

Institut Stanislas de Boufflers

Séminaire Brevets - 23 novembre 2020



Institut
STANISLAS
DE BOUFFLERS

**LES SÉMINAIRES
BREVETS DE BOUFFLERS**

AVEC LE SOUTIEN DE LA COMPI

MATINÉES DES 23, 25 ET 27 NOVEMBRE 2020
CONFÉRENCE EN LIGNE

darts-ip FRANCE BREVETS LexisNexis®

Il est intéressant :

- de prendre du recul par rapport à un domaine complexe et très auto-centré
- de travailler *de lege ferenda*
- et de réfléchir « *out of the box* »

Serait-ce aussi une préoccupation du « monde d'après » ?

Les équilibres du droit des brevets

- Le brevet est souvent présenté comme résultant d'un « contrat social »
- On peut identifier au moins 3 équilibres autour desquels s'est établi ce compromis juridico-économique
 - entre la réservation privative (du droit) et la diffusion (de l'information technique)
 - entre le breveté et les tiers
 - entre les intérêts privés protégés et l'intérêt général

Des équilibres bousculés en droit et en pratique

- L'expansion des communications et la vitesse de l'innovation relativisent la contrepartie en termes d'accès à l'information technologique

MAIS surtout :

- incertitudes (sur la validité) + longueur des procédures = forte imprévisibilité juridique
- dont le breveté peut jouer comme d'une menace (à l'extrême : patent troll)

- Double cause d'incertitude dans l'appréciation de la validité d'un brevet :
 - cause objective : l'in-exhaustivité des recherches d'antériorité
 - Cause plus « subjective » : une appréciation de l'activité inventive qui additionne les incertitudes

sur l'homme du métier ?
sur son incitation ?
sur l'évidence ?

Quelques contributions à la réflexion sur une réforme

- concernant les conditions de validité
- concernant les procédures administratives (examen, opposition)
- concernant le contentieux
- concernant le respect de la concurrence

Concernant les conditions de validité

- Instituer une condition explicite de technicité (définie ou à définir par la jurisprudence)
(► supprimer les exceptions qui ne visaient qu'à exclure une absence de technicité - L611-10(2))
- ce qui faciliterait notamment une prise en compte des nouvelles inventions numériques
- et laisserait subsister les exceptions d'intérêt public (notamment L611-16 à L611-19)

Concernant la procédure administrative

- Par le renforcement de l'examen (qui accroît la qualité) et le recours à l'opposition (loi Pacte)
 - avec peut-être quelques ajustements, notamment s'agissant de l'indépendance de l'organe d'opposition
 - (regret sur l'absence d'autorité de la chose jugée de la décision d'opposition, pour « préempter » le contentieux)
- En objectivant mieux la démonstration de l'activité inventive
 - par le recours à une méthodologie établie
 - par le recours à des experts indépendants

Concernant le contentieux

- Exclure la limitation en cours d'instance (pour protéger les droits des tiers rétroactivement impactés)
- Renforcer l'intérêt à agir en contrefaçon (exploitation ou préparatifs effectifs)
- Sécuriser la saisie-contrefaçon
 - séquestre automatique + tri par expert
 - en contrepartie, préciser réglementairement les conditions d'exécution (pour diminuer le contentieux de la validité des saisies)

Concernant les règles de concurrence

- Etendre le recours à des licences obligatoires :
 - obliger le titulaire qui n'exploite pas (art. L613-11 CPI) à accorder, sur demande justifiée, une licence FRAND (recours contentieux dans le seul cas de refus)
 - Rendre possible une demande de licence de dépendance (L613-15 CPI) au profit d'une innovation non brevetée (produit, logiciel, ...) qui constitue « un progrès technique important » et présente « un intérêt économique considérable ».

Réformer le droit des brevets : une utopie utile

- Ne pas négliger le mouvement de remise en cause des pratiques propriétaires (open innovation, licences libres)
- écouter les réserves des économistes quant aux effets ambivalents du brevet sur l'innovation et la croissance
- profiter du blocage actuel du projet de JUB
 - pour des adaptations du droit substantiel européen
 - pour revoir le projet de JUB (sans doute trop favorable aux grands déposants)