



HAL
open science

Pour un véritable examen au fond des demandes de brevet français

Bertrand Warusfel

► **To cite this version:**

Bertrand Warusfel. Pour un véritable examen au fond des demandes de brevet français. Propriétés intellectuelles, 2012. hal-01941599

HAL Id: hal-01941599

<https://hal.science/hal-01941599v1>

Submitted on 21 Mar 2020

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

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

Pour un véritable examen au fond des demandes de brevet français

BERTRAND WARUSFEL

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE LILLE II

AVOCAT

Même si l'article L. 612-12 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) donne au directeur général de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) le pouvoir de rejeter une demande de brevet français pour différents motifs de forme ou de fond, on sait qu'en France la loi a instauré un mécanisme de délivrance « quasi-automatique »¹.

Cet examen très limité des demandes de brevet par l'INPI s'explique par une tradition historique (celle des brevets délivrés « sans garantie du gouvernement »²) et aussi par une volonté politique de favoriser l'accès des entreprises au brevet en limitant les obstacles à son acquisition.

Mais dans la nouvelle économie de l'information où la qualité et la pertinence des ressources immatérielles comptent tout autant (voire plus) que leur volume, il est légitime de s'interroger sur l'opportunité de maintenir une telle situation.

Pour notre part, les avantages limités que procure le système actuel ne nous paraissent pas suffisants face à l'intérêt juridique et économique qu'il y aurait à ce que la France se dote progressivement d'une véritable procédure d'examen au fond des demandes de brevet français³.

I. Un mécanisme d'examen volontairement limité

L'article L. 612-12 1° du CPI permet naturellement à l'INPI de rejeter les demandes de brevet qui ne satisfont pas aux conditions de forme fixées par l'article L. 612-1. De même, il peut rejeter la demande dont les revendications ne sont pas supportées par la description (L. 612-12 8°). Mais au-delà, les pouvoirs du son directeur général vis-à-vis de la brevetabilité intrinsèque de l'invention sont limités à deux cas de figure : d'une part, le respect des exclusions légales à la brevetabilité ; d'autre part, l'absence de réaction du déposant suite à l'établissement d'un rapport de recherches manifestement défavorable.

S'agissant de ce que l'on peut dénommer les conditions négatives de brevetabilité, les 4° et 5° de l'article L. 612-12 du CPI visent les exceptions à la brevetabilité prévues respectivement à l'article L. 611-10 2 du CPI (exclusions de principe) et aux articles L. 611-16 à L. 611-19 du CPI (exclusions pour des motifs d'ordre public, de santé publique ou de bioéthique). Bien évidemment, il paraît tout à fait naturel – voire impératif – que l'INPI en tant qu'autorité publique ayant la charge d'appliquer la loi, doive faire respecter ces différentes prohibitions que le législateur a instaurées afin de faire barrage à des usages politiquement ou économiquement nocifs des droits de brevet. Notons cependant que dans les deux cas, seule l'exclusion « manifeste » peut être ainsi sanctionnée par le



1. Pour reprendre la formule de Marianne Mousseron dans son fascicule de 1988 consacré au « traitement de la demande française de brevet » : *J.-Cl. Brevet*, fasc. 265, 1988. Dans la refonte de ce fascicule, Y. Basire parle de « maintenir le principe de délivrance automatique des brevets tout en l'améliorant par le biais de correctifs importants et donc aboutissant à un système intermédiaire entre le système de l'examen et celui du simple enregistrement » (*J.-Cl. Brevet*, fasc. 4420, 2008).

2. Relisons par exemple ce qu'en disait un grand interprète de la loi de 1844 : « il résulte de l'article 11 que le ministre peut et doit examiner la demande, mais uniquement au point de vue de sa régularité [...], le ministre est tenu de délivrer le brevet, sans avoir à examiner si l'invention pour laquelle il est demandé est ou non brevetable. Les tribunaux seuls sont juges du caractère brevetable ou non de l'invention. [...] Par application du principe de non examen préalable de l'invention, l'article 11 dispose que le brevet est délivré aux risques et périls du demandeur et sans garantie soit de la réalité, de la nouveauté ou du mérite de l'invention, soit de la fidélité ou de l'exactitude de la description, et l'article 33 impose au breveté, à peine d'amende, l'obligation de ne pas indiquer sa qualité de brevet ou son brevet, sans y ajouter ces mots destinés à éclairer le public : sans garantie du gouvernement » (Pelletier, *Brevets d'invention, marques de fabrique, modèles et dessins*, Librairie Polytechnique, 1893, p. 34).

3. Ce renforcement de la procédure d'examen est l'une des propositions qui ont été formulées par Jordan Cartier et Benjamin Cordonnier, élèves de l'École Polytechnique, dans leur mémoire « Vers une plus grande efficacité du système des brevets en France et en Europe » réalisé sous mon encadrement durant leur scolarité à l'École nationale des Ponts et Chaussées – Paritech, 2011.

directeur général, ce qui renvoie au seul juge du fond l'appréciation de tous les cas dans lesquels il pourrait y avoir débat sur la possible non-brevetabilité, ce qui en matière d'exclusions est assez fréquent tant l'interprétation des dispositions concernées est délicate et peut donner lieu à des appréciations divergentes⁴. Le champ d'intervention de l'INPI en est donc limité d'autant.

Mais plus encore, et c'est là l'essentiel de ce qui nous intéresse ici, les motifs de rejet concernant les conditions positives de brevetabilité (à savoir, les trois conditions classiques de nouveauté, d'activité inventive et d'application industrielle, posées par l'article L. 611-10 1) sont en réalité limités à leur plus simple expression. D'une part, seule une absence manifeste de nouveauté résultant du rapport de recherches peut entraîner le rejet au fond de la demande (CPI, art. L. 612-12 7°), ce qui exclut immédiatement toute possibilité de rejet sur le fondement de l'absence d'activité inventive⁵ ou d'application industrielle⁶. D'autre part, elle ne peut être rejetée que dans le cas où le déposant, mis en demeure de modifier ses revendications pour pallier cette défaillance de nouveauté ne s'est pas exécuté, ou plus généralement n'a pas présenté d'observations ou de nouvelles revendications « s'il y a lieu » durant la procédure d'établissement du rapport de recherches (CPI, art. L. 612-12 9).

Autant dire que le rejet sur ces bases est bien peu fréquent et qu'il est clair que ces dispositions témoignent de ce que « le législateur a accumulé les conditions mises à un éventuel rejet administratif »⁷. En effet, le manque manifeste de nouveauté nécessite une antériorité de toutes pièces reprenant strictement toutes les caractéristiques de l'invention revendiquée, ce qui n'est pas très fréquent lorsque celle-ci résulte d'un processus inventif autonome. Mais, plus encore, chacun sait qu'il est souvent aisé, par la simple adjonction d'une caractéristique supplémentaire, même triviale ou contenue dans la description, d'échapper à l'antériorité considérée, et donc d'éviter le rejet de la demande ainsi modifiée⁸.

Ajoutons enfin que la suffisance de description, bien que constituant une condition supplémentaire de validité du brevet⁹, n'est pas non plus un motif de rejet qui peut être pris en compte par l'INPI, lequel dès lors n'a pas d'incitation à effectuer un contrôle *a priori* de son respect par les déposants.

Dès lors, on voit bien quels sont les deux seuls avantages effectifs d'une telle autolimitation des compétences de l'INPI en matière d'examen des demandes de brevet français.

Le premier est à l'avantage de l'INPI qui – outre que cela lui permet de conserver un nombre limité d'examineurs en matière de brevet – est dispensé ainsi d'intervenir dans des domaines juridiques complexes et qui sont à la source de la plupart des litiges actuels en matière de validité des brevets et au premier rang desquels celui de l'appréciation de l'activité inventive. Ne pouvant apprécier en amont le respect de telles conditions de brevetabilité, l'INPI en laisse l'entier contrôle au juge du fond intervenant *a posteriori* et évite ainsi de s'exposer à un important contentieux qui ne manquerait pas de se développer sous la forme de nombreux recours

devant la Cour d'appel de Paris à l'encontre des décisions de rejet du directeur général de l'INPI¹⁰.

Le second est apparemment en faveur des déposants, puisque de ce fait il est possible à un inventeur d'obtenir – au prix d'un minimum d'effort pour s'écarter suffisamment des antériorités révélées par le rapport de recherches – un brevet national qui lui assurera si ce n'est un moyen juridique de défense efficace (puisque pèsera toujours le risque d'une annulation *a posteriori*) mais pour le moins un actif valorisable commercialement et comptablement, voire un instrument de promotion et de dissuasion.

Combiné avec une politique de réduction des taxes et des coûts de recherches (lesquelles sont « sponsorisées » par l'INPI qui n'en répercute qu'une partie du coût réel au déposant), il s'agirait là d'un moyen efficace pour que toutes les entreprises puissent facilement accéder au brevet et développer une politique active de propriété industrielle.

II. Un non-examen qui entretient l'insécurité juridique et alourdit l'office du juge

S'il n'est pas dans notre intention de méconnaître ces quelques avantages découlant de l'absence d'un réel examen au fond des demandes de brevet en France, il nous semble pourtant qu'une appréciation objective de ce dispositif nécessite aussi que l'on prenne en compte ses effets induits sur le contentieux ultérieur des brevets



4. Pensons par exemple aux débats doctrinaux et jurisprudentiels très vifs concernant les exclusions relatives aux « programmes d'ordinateurs » et aux « méthodes d'affaires », ainsi qu'à celles touchant les inventions biotechnologiques et génétiques.

5. « L'autorité administrative chargée en France d'examiner les demandes de brevet français n'a pas compétence au regard du critère d'activité inventive. Les brevets français sont donc délivrés sans prise en compte de ce critère ». (Rapport français AIPPI sur la question Q217, Le critère de brevetabilité de l'activité inventive/non évidence, mars 2011).

6. S'agissant du défaut d'application industrielle, la loi de 1968 réformée en 1978 permettait pourtant de le sanctionner par une décision de rejet (ancien art. 16-5° de la loi n° 68-1 du 2 janv. 1968 modifiée), ce qui a disparu de l'actuel article L. 612-12 du CPI. Certes, l'absence d'application industrielle est un motif d'annulation peu retenu dans la jurisprudence mais il n'en demeure pas moins qu'il y a eu là encore restriction des pouvoirs reconnus au directeur général de l'INPI.

7. M. Mousseron, fasc. 265, *op. cit.*, n° 16.

8. C'est d'ailleurs pour pallier cette facilité à contourner artificiellement l'exigence de nouveauté que la loi de 1968, suivant notamment la doctrine et le droit allemand, a introduit la condition d'activité inventive. En limitant dès lors la possibilité de rejet par l'INPI au seul cas d'absence manifeste de nouveauté, le CPI maintient donc, de ce point de vue, le directeur général de l'INPI dans la situation qui était la sienne avant 1968 !

9. De par l'article L. 612-5 du CPI, 1^{er} paragraphe.

10. V., par comparaison, le contentieux très fourni relatif au refus d'enregistrement de marques et aux décisions d'opposition dans ce même domaine.

français et sur le comportement des déposants et l'appréciation qu'ils portent sur le système national des brevets.

Ne pas effectuer un examen en amont du respect des conditions de brevetabilité expose logiquement à ce que des brevets délivrés en France par la voie nationale soient ultérieurement reconnus comme invalides, en particulier pour défaut d'activité inventive.

S'il est, en effet, logique qu'un présumé contrefacteur tente de contester, à titre reconventionnel, la validité du brevet qui lui est opposé, cette défense devient d'autant plus crédible que ce titre n'a fait l'objet que d'un examen formel et que sa délivrance ne peut – de ce fait – fournir au juge aucune réelle présomption de validité.

Dès lors, une partie essentielle – pour ne pas dire dominante – du contentieux de la contrefaçon de brevet se trouve consacrée en réalité à la vérification *a posteriori* de la validité du brevet français¹¹, ce qui peut constituer une forme de détournement de la logique même de ce contentieux. Tous les praticiens connaissent en effet le risque de l'« effet boomerang » d'une action en contrefaçon qui déboucherait sur l'annulation rétroactive du brevet *erga omnes*. Cette perspective dissuade souvent des titulaires de demander réparation d'une contrefaçon pourtant manifeste (et dévalue donc d'autant la valeur dissuasive et répressive du brevet) ou conduit parfois à un arrangement transactionnel insatisfaisant en cours de procédure.

Plus largement, cette délivrance de titres sans réelle confrontation préalable avec les principaux critères de brevetabilité accroît mécaniquement l'insécurité juridique tant pour les titulaires que pour les tiers. Pour les uns comme pour les autres, l'incertitude qui demeure sur l'appréciation de la validité du brevet est en effet un facteur d'imprévisibilité qui peut influencer fortement leurs stratégies économiques et industrielles. Et cette imprévisibilité devient majeure s'il n'est pas possible à des professionnels d'évaluer à l'avance avec un certain degré de probabilité l'issue d'un éventuel contentieux en la matière. Or, c'est souvent le cas en matière d'appréciation de l'activité inventive par les tribunaux français et ce pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, on sait que cette appréciation, nécessairement complexe et reposant sur l'interprétation d'éléments peu explicites en eux-mêmes (qu'est-ce qu'un « homme du métier » ? Quand peut-on parler d'« évidence » ? Comment prouver l'incitation à recourir aux enseignements d'un document antérieur ?), laisse une part importante à l'appréciation subjective (voire parfois intuitive) du juge du fond. Ensuite, rappelons que la Cour de cassation considère que cette appréciation relève de la souveraineté du juge du fond¹² et ne la censure qu'en cas d'insuffisance de motivation ou de dénaturation manifeste des éléments discutés¹³.

Ne pouvant s'appuyer que sur le rapport de recherches délivré par l'INPI (et réalisé très professionnellement par l'Office européen des brevets [OEB]) et non sur le résultat d'un premier examen au fond de l'examineur français et confronté à des moyens de nullité de plus en plus complexes et divers¹⁴, le juge se voit donc investi d'une charge d'autant plus lourde que la

procédure civile française ne lui permet pas facilement d'inclure dans le débat judiciaire les débats proprement techniques (à la différence, notamment, de la juridiction allemande spécialisée du *Bundespatentgericht* ou des divisions de l'OEB) qui pourraient être nécessaires pour établir avec la plus grande rigueur possible l'inventivité réelle d'un brevet.

Si l'on ajoute à cela que dans les domaines techniques les plus sensibles en matière de brevetabilité (comme les méthodes commerciales, les technologies de l'information ou du vivant) les difficiles questions de respect des exclusions légales se doublent souvent d'un art antérieur peu aisé à identifier ou à évaluer, le travail du juge du fond peut devenir d'une grande complexité et dépasser les moyens humains et procéduraux qui sont généralement à sa disposition¹⁵.

On confine alors à une nouvelle forme d'insécurité juridique qui trouve sa cause non plus dans l'inflation législative ou la modification permanente des normes (qui est régulièrement dénoncée, y compris par le Conseil d'État¹⁶) mais dans l'incapacité des acteurs juridiques à pouvoir raisonnablement évaluer par avance l'étendue de leurs droits respectifs du fait de la complexité des éléments de l'art antérieur et des aléas de leur interprétation *a posteriori* (c'est-à-dire généralement de nombreuses années après la date du dépôt de la demande de brevet).

Certes, des mesures ont été prises ces dernières années pour tenter de pallier ces difficultés. D'un côté, l'INPI assortit désormais son rapport de recherches d'un avis sommaire sur la brevetabilité prévisible de l'invention, ce qui peut contribuer à une meilleure information du déposant et des tiers, tandis que le CPI a suivi l'exemple européen et introduit une procédure de limi-



11. Principalement sur le terrain du défaut d'activité inventive, voire de la pure et simple nouveauté ou encore – de plus en plus souvent – sur le terrain de l'insuffisance de description (sur le développement de ce dernier grief dans la jurisprudence, v. notamment notre comm. : *Propr. intell.* 2005, n° 17, p. 462 *sq.*, ainsi que celui de J.-C. Galloux, 2006, n° 20, p. 346 *sq.*).

12. Cass. com., 19 déc. 2000 : *Bull. civ.*, IV, n° 196 ; *Juris-Data* n° 2000-007475 ; Cass. com., 23 oct. 2001 : *PIBD* 2002, n° 736, III, p. 65.

13. Notamment Cass. com., 15 juin 1993 : *JCP E* 1993, I, 290, n° 11, obs. J.-J. Burst et M. Mousseron (sur la nécessaire motivation technique de l'arrêt) ; et sur la dénaturation : Cass. com., 19 déc. 1999 : *PIBD* 2000, n° 689, III, p. 1, ou encore 23 oct. 2001 : *PIBD* 2002, n° 734, III, p. 23.

14. Sur la tendance à la diversification des moyens de nullité invoqués devant les juridictions françaises, v. dans cette même revue, F. Bourguet, Nullités de brevets en 2010 : la curiosité nouvelle des juridictions françaises spécialisées : *Propr. intell.* 2010, n° 37, p. 940-945.

15. La simple comparaison de la durée moyenne que les juridictions civiles peuvent accorder à une audience portant à la fois sur les questions de validité et de contrefaçon avec celui qui peut être consacré par les divisions de l'OEB à une procédure orale restreinte à la seule validité, montre – par-delà les différences d'approche et de procédure – les limites de l'exercice (et également, l'insuffisance préoccupante des moyens de notre justice pour traiter des contentieux complexes).

16. Sur les causes et les effets de l'insécurité juridique provoquée par la complexité des normes et par leur inflation, v. notamment le rapport public 2006 du Conseil d'État : Sécurité juridique et complexité du droit.

tation du brevet français après sa délivrance. D'un autre côté, la centralisation devant les juridictions parisiennes depuis 2009 de l'ensemble du contentieux des brevets vise à constituer un pôle national de compétence éprouvé en la matière.

Pourtant aussi utiles que soient ces récentes réformes, elles ne nous semblent pas de nature à modifier fondamentalement la situation, alors qu'elles-mêmes peuvent par certains aspects accroître la complexité globale du contentieux des brevets¹⁷. De plus, elles n'apportent aucune réponse générale à l'exigence juridique et économique qui s'exprime sur le marché en faveur d'une meilleure qualité des brevets délivrés.

III. Contribuer à la nécessaire amélioration de la qualité des brevets

Dans sa communication du 16 juillet 2008, la Commission a bien résumé l'importance particulière qu'il y a en Europe à rechercher la délivrance de brevets de qualité : « Il est essentiel que les brevets ne soient accordés qu'en cas de réelle invention. L'octroi de brevets de mauvaise qualité a des effets négatifs car il contribue à l'incertitude économique et juridique. L'OEB a choisi une stratégie qui consiste à placer la barre plus haut en ce qui concerne sa future charge de travail, et les offices des brevets européens devraient collaborer, par exemple en exploitant mutuellement leurs travaux afin de maintenir des droits de haute qualité et éviter que des brevets soient octroyés dans des domaines non brevetables tels que les logiciels et les méthodes de gestion des affaires. [...] En outre, les offices des brevets doivent refuser certaines demandes, rôle dont il conviendrait de tenir compte lors de la mesure de leurs performances. Par ailleurs, les parties prenantes ont un rôle important à jouer pour éviter que les offices des brevets reçoivent trop de demandes sans activité inventive »¹⁸.

Cette exigence répond en réalité à une double préoccupation juridique et économique. Du point de vue juridique, la délivrance de mauvais brevets encourage structurellement l'abus de droit, dont la propriété intellectuelle doit toujours se défendre, d'autant qu'elle a l'obligation de demeurer en cohérence avec les impératifs du droit de la concurrence. Comme le rappelait encore récemment le Professeur R. Kovar : « autant la protection légale accordée par le brevet à une invention réelle destinée à une utilisation licite est justifiée, autant un brevet qui pourrait être invalide pour défaut d'activité inventive, ou en raison d'une extension anormalement étendue ou, enfin, de son utilisation à des fins anticoncurrentielles doit être sanctionné. La préservation de la qualité des brevets constitue donc un enjeu majeur pour l'innovation et la concurrence, tant une dégradation qu'elle viendrait à souffrir sera susceptible de décourager les initiatives des concurrents »¹⁹. On sait par ailleurs, que toutes ces « pathologies du droit » encouragent le développement de stratégies juridiques perverses par les opérateurs économiques²⁰.

Mais cette nécessité de chasser le « mauvais » brevet et de privilégier la délivrance de titres conformes aux exigences légales est aussi perçue comme un impératif économique. Au niveau international, le rapport de l'OCDE pour la science et la technologie en 2011 a montré que la qualité des brevets a reculé en moyenne d'environ 20 % entre les années 90 et les années 2000, et ce phénomène se vérifie dans la quasi-totalité des pays étudiés²¹. S'agissant de la France, une étude économique consacrée à la valeur des brevets français délivrés par la voie nationale a montré qu'il y régnait une forte asymétrie de valeur et que malgré une augmentation progressive de la valeur des brevets français il n'en demeure pas moins que « de nombreux brevets ont une très faible valeur »²². De même, le récent rapport du Conseil d'analyse économique consacré aux marchés de brevet a fondé sa première recommandation sur le fait que « la condition première du développement de la circulation des droits de propriété intellectuelle est le maintien ou le renforcement de la qualité juridique de ces droits », ce qui passe selon ses auteurs autant « par un renforcement de la rigueur de l'analyse des dossiers par les offices de brevets que par une circonspection accrue des autorités judiciaires compétentes et la mise en œuvre d'incitations négatives à l'engagement de procédures inconsidérées »²³.

Rappelons enfin qu'il s'agit d'un objectif largement partagé au niveau international et qui inspire la politique des principaux offices de brevet dans le monde, qu'il s'agisse de la nouvelle stratégie « raising the bar » de l'Office européen des brevets²⁴ ou, plus encore, de la



17. On voit notamment en quoi le développement des limitations et leurs effets rétroactifs pourraient accroître l'imprévisibilité juridique déjà grande en matière de brevet, tant en ce qui concerne la validité que s'agissant de la portée de l'invention protégée.

18. Commission, *Une stratégie dans le domaine des droits de propriété industrielle pour l'Europe*, COM(2008) 465 final, 16 juill. 2008, p. 7.

19. R. Kovar, Les innovations abusives : à la croisée des droits de la propriété intellectuelle et de la concurrence, in *Liber amicorum Georges Bonet, Les droits de propriété intellectuelle*, coll. IRPI, t. 36, 2010, Litec, p. 318.

20. V. notamment A. Masson, Le paradoxe fondateur des stratégies juridiques – Essai de théorie des stratégies juridiques : *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 2008-1, p. 443 à 449.

21. OCDE, Science, technologie et industrie : Tableau de bord de l'OCDE 2011 (pour une réaction critique à ces chiffres – qui ne nous paraissent pas supprimer la difficulté, v. Les remarques de C. N'Guyen sur le blog de l'*Usine nouvelle*, 28 sept. 2011).

22. G. Koléda, La valeur de la protection des brevets français appréciée par leurs renouvellements : *Economie & prévision* 2005/2, n° 168, p. 114. Un conseil en brevet a pu écrire : « En réalité, le principal reproche que l'on pouvait faire au brevet français, ce n'était pas d'être sans valeur, mais c'était de laisser les tiers et le breveté lui-même dans l'ignorance complète de sa véritable valeur » (J. Lavoix, *Brevet français et brevet européen*, Paris, oct. 1980, p. 1, cité in Y. Basire : *J.-Cl.*, fasc. 4420, précit.).

23. D. Guellec, T. Madiès et J.-C. Prager, *Les marchés de brevets dans l'économie de la connaissance, Conseil d'analyse économique*, 2010, p. 94

24. Son Président, B. Batistelli déclarait encore récemment que « parmi les priorités stratégiques que nous avons dégagées, la première est de maintenir, voire d'améliorer la qualité des brevets que nous délivrons » (Interview in *Gazette du Palais* 11 juin 2011, n° 162, p. 8).

toute récente (et significative) réforme du droit des brevets aux États-Unis qui introduit notamment deux nouvelles procédures de réexamen du brevet après sa délivrance afin de vérifier sa validité (*post grant review* et *inter partes review*)²⁵.

Ce mouvement doit concerner aussi la procédure de délivrance des brevets français et notre législateur aurait toutes les raisons de prendre des mesures en ce sens. En effet, après de nombreuses réformes principalement destinées à renforcer la lutte contre la contrefaçon (comme la loi du 29 octobre 2007), il serait temps de tenter d'agir en amont, c'est-à-dire en renforçant l'examen au fond des demandes de brevet français, ce qui pourrait avoir un effet significatif sur la pratique des acteurs et leur meilleure confiance dans le système des brevets.

L'INPI en semble d'ailleurs conscient lorsqu'il écrit, lucidement, en réponse à un questionnaire de l'OMPI que « l'application des critères de brevetabilité tels que la nouveauté et l'activité inventive constituent des éléments importants à prendre en considération aux fins de l'évaluation de la qualité des brevets. En effet, il est essentiel de ne pas perdre de vue l'interdépendance entre "gestion de la qualité procédurale" et mise en œuvre des conditions légales de brevetabilité en vue d'aboutir à un produit final de qualité »²⁶. Lui donner la compétence juridique d'apprécier réellement le respect de ces conditions légales lors de l'examen d'une demande nationale provoquerait ainsi un électrochoc nécessaire et salutaire à notre système national des brevets.

IV. Les avantages d'un examen au fond des demandes nationales

Si une telle réforme engendrerait nécessairement des coûts supplémentaires (en particulier pour former et recruter une centaine d'examineur spécialisé), elle pourrait produire des avantages significatifs.

Pour les déposants et les tiers, elle renforcerait la sécurité juridique et la prévisibilité dans la valeur des titres, ce qui pourrait favoriser un meilleur respect des droits des brevetés dont les brevets seraient considérés avec plus de sérieux. De plus, un brevet français possédant une présomption de validité accrue pourrait plus facilement permettre au juge de prononcer à la demande du breveté une mesure d'interdiction provisoire à l'encontre d'un contrefacteur allégué, alors que l'emploi de cette mesure – pourtant encouragée par la directive 2004/48 et la loi d'octobre 2007 – demeure très exceptionnel²⁷.

Certes, on aura beau jeu de dire que les déposants les plus professionnels procèdent généralement à une extension européenne de leur demande française et qu'ainsi ils obtiennent *in fine* un brevet ayant effet en France tout en ayant la qualité qui s'attache à la procédure d'examen de l'OEB. Mais pour autant, l'effet pourrait être important pour la frange des déposants les plus fragiles, c'est-à-dire les individuels et les petites

entreprises, qui sont justement ceux qui ont le plus de difficultés à tirer profit de la propriété industrielle. Ils disposeraient déjà sur la marché français d'un brevet national valide et reconnu qui leur permettrait de mieux faire respecter leurs droits en France et qui les inciterait ensuite à s'engager plus loin dans la protection et l'extension européenne et internationale de leurs innovations. De plus, un déposant français ayant déjà intégré les contraintes de l'examen national serait en meilleure situation pour procéder avec une certaine sérénité à l'extension européenne ou internationale de sa demande de brevet.

Enfin, cela reviendrait à demander à la puissance publique d'exercer complètement sa mission de service public et de respect de la légalité. Il est en effet peu fréquent de voir une administration de l'État disposant de prérogatives de puissance publique, être par ailleurs privée des moyens lui permettant d'exercer un véritable contrôle préventif de la légalité. Certes le directeur général de l'INPI n'est pas responsable d'avoir délivré des brevets ultérieurement annulés par les tribunaux, mais pour autant un véritable droit public de la propriété industrielle²⁸ devrait viser à ce que l'État, gardien de la loi et de son application rigoureuse, fasse le maximum de ce qui est en son pouvoir pour prévenir des abus de droits et de monopole résultant de la délivrance de brevets non conformes aux exigences de fond du droit des brevets.

Plus que tous les autres droits de propriété intellectuelle, le brevet est susceptible d'exercer des effets perturbateurs sur les conditions de concurrence et peut faire l'objet d'utilisations abusives destinées à fermer l'accès d'un marché à d'éventuels concurrents. De plus, sa légitimité est assez discutée dans différents domaines technologiques de pointe (comme les technologies du vivant ou de l'information). C'est à ces critiques fortes et récurrentes que les différents offices de brevet (ainsi



25. Tant l'USPTO que les offices britannique et japonais des brevets ont, par ailleurs, lancé des initiatives de *Peer to patent* (appel en ligne à des contributeurs extérieurs pouvant apporter des compléments à l'art antérieur pertinent relatif aux demandes de brevet en examen) suivant ainsi la proposition formulée en 2005 par B. Simone Noveck (v. sa proposition : < http://caims.typepad.com/blog/2005/07/peer_to_patent_.html >).

26. Réponse de l'INPI au questionnaire OMPI in *Qualité des brevets : commentaires reçus des membres et des observateurs du comité permanent du droit des brevets (scp)*, avr. 2012, document SCP/18/inf/2 annexe, p. 2 (l'INPI soutient également différentes initiatives visant notamment l'amélioration de l'appréciation de l'activité inventive au niveau des procédures administratives).

27. Ce lien entre le renforcement de l'examen des brevets français et le recours aux interdictions provisoires a été relevé par J. Cartier et B. Cordonnier dans leur mémoire précit., p. 14 (« un brevet délivré plus strictement permettrait de recourir avec plus de sécurité aux mesures d'interdiction provisoire »).

28. Sur la notion de « droit public de la propriété intellectuelle », v. notre art. : B. Warusfel, L'émergence d'un droit public de la propriété intellectuelle, in M. Conan et B. Thomas-Tual (dir.) *Les transformations du droit public*, éd. La Mémoire du droit, 2010, p. 161 sq.

que les juridictions spécialisées²⁹), tentent de répondre en approfondissant la qualité des titres délivrés et l'exigence de leurs contrôles. Ajoutons à ce tableau global le fait qu'en Europe la présence du brevet européen et les perspectives éventuelles d'un brevet unitaire risquent de marginaliser définitivement les procédures nationales de brevet qui ne présenteraient pas d'avantage comparatif suffisant. Dès lors, si l'on veut conserver et développer en France une culture et une pratique de la propriété industrielle forte, il serait judicieux de faire évoluer notre procédure nationale de brevet afin qu'elle rejoigne le standard international et qu'elle mette en avant la place de Paris par une réforme qui renforcerait tout à la fois la valeur de nos titres nationaux, la compétence de nos professionnels et de notre office national tout en instaurant entre le juge du fond et l'INPI un dialogue d'autant plus constructif que le débat technique sur l'appropriation des principes d'antériorité aurait déjà été menée lors de la phase d'examen.

Si le dépôt des demandes de marques françaises n'a pas pâti de la mise en place d'une marque communautaire, c'est aussi parce que notre droit français des marques a su s'enrichir à temps d'une procédure d'opposition qui la met au niveau de la procédure communautaire. En matière de brevet, les nouvelles demandes juridiques et économiques mondiales devraient inciter le législateur français à faire de nouveau preuve d'ambition. En renforçant l'examen des demandes de brevet français, il manifesterait également la confiance qu'il accorde à ce droit de propriété industrielle pour concourir au développement de l'innovation et au soutien de la croissance, ce qui n'est pas anodin dans la conjoncture actuelle.



29. On peut penser, notamment, aux efforts faits depuis ces dernières années par la Cour fédérale des brevets et – plus encore – par la Cour suprême des États-Unis pour renforcer les exigences de brevetabilité, qu'il s'agisse de l'arrêt *KSR* (en matière d'appréciation de l'activité inventive, v. : *Propr. intell.* 2007, n° 24, p. 341 *sq.*) ou plus récemment de l'arrêt *Bilski* de juin 2010 (en matière de brevetabilité des méthodes d'affaires).