

L'équilibre en propriété intellectuelle
Séminaire IRPI - 12 avril 2020

L'équilibre en droit des brevets

Bertrand WARUSFEL

Professeur à l'université Paris VIII

Avocat à la cour

bertrand.warusfel@univ-paris8.fr

L'équilibre en droit des brevets

- L'équilibre en droit
- Différentes dimensions de l'équilibre dans le droit des brevets
- Des déséquilibres dans la pratique actuelle des brevets
- Des voies de rééquilibrage possibles

L'équilibre en droit (quelques modalités)

- **L'équilibre égalitaire :**

La norme accorde les mêmes prérogatives aux différents sujets de droit.

C'est l'égalité de traitement qui établit un équilibre parfait

Le meilleur exemple est sans doute l'équilibre contractuel

- **L'équilibre compensatoire :**

Une norme seconde accorde une prérogative au profit du sujet de droit qui est affecté par l'effet d'une première contrainte juridique.

C'est de l'équivalence entre les deux effets juridiques que dépend l'équilibre

Exemple (en propriété intellectuelle) : la rémunération pour copie privée
(Article L311-1 à L311-8 CPI)

- **L'équilibre combinatoire**

Prise en compte des intérêts différents
(voire divergents)

C'est de leur conciliation que dépend l'équilibre entre les droits

Exemple :

le contrôle par le Conseil constitutionnel de la « conciliation manifestement (ou non) déséquilibrée » entre un principe constitutionnel et un objectif à valeur constitutionnelle
(par ex. QPC 31 janvier 2020 : conciliation entre liberté d'entreprendre et protection de l'environnement et de la santé)

Différentes dimensions de l'équilibre dans le droit des brevets

Plusieurs manifestations de **l'équilibre compensatoire** :

- La théorie du « contrat social » entre le demandeur et la société, au travers de la publication obligatoire de la demande

« Cette publication et cette communication se justifient suffisamment par la nature même du contrat qui intervient entre l'État et l'inventeur : en retour du droit exclusif d'exploitation qui lui est concédé pour un temps déterminé, l'inventeur s'engage à livrer son invention au domaine public, à l'expiration de son monopole » (Michel Pelletier, 1852)

- L'exigence de la suffisance de description (reproductibilité par l'homme du métier)
- Ou encore, l'action en revendication de brevet
- Et, sectoriellement, le certificat complémentaire de protection (pour compenser les délais d'AMM)

- **l'équilibre égalitaire** : plus rare

car toute la propriété intellectuelle est basée sur l'attribution de « droits exclusifs », ce qui crée une différence de situations intrinsèque entre le breveté et les tiers

L'égalité procédurale des armes dans le litige en brevet :

- demande reconventionnelle en nullité du brevet comme moyen de réponse à l'action en contrefaçon
- demande de rétractation ou d'annulation de la saisie-contrefaçon

Ou encore – en amont - le droit de former une opposition
(CBE + plus récemment en France – depuis 2020 loi Pacte) :

on passe d'un processus où le tiers intéressé est absent (examen)
à un autre où le tiers-opposant est partie au même niveau que le breveté
(opposition)

- l'équilibre combinatoire :

En premier lieu la plupart des exclusions à la brevetabilité

- L611-10 (abstraction/défaut de technicité : souci de protéger le domaine public)
- L611-16 (motifs de santé publique)
- L611-18 et L611-19 (motifs de bio-éthique)

Ensuite les dérogations au monopole du breveté

- épuisement européen des droits (L613-6) pour concilier avec les libertés économiques
- principales dérogations (L613-5 : usage privé / expérimentation / essais AMM)

Enfin, la conciliation (jurisprudentielle) avec d'autres exigences juridiques

- droit de la concurrence (*CJCE, IMS Health 2004, Servier 2014, Generics 2020*)
- droits fondamentaux (?)

Des déséquilibres dans la pratique actuelle des brevets

Des causes technologiques :

L'expansion des communications et la vitesse de l'innovation relativisent la contrepartie en termes d'accès à l'information technologique (affaiblissement du contrat social)

Mais aussi une forte incertitude juridique (sur la validité) :

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

qui a différentes causes :

- objective : l'in-exhaustivité des recherches d'antériorité
- subjective : une appréciation de l'activité inventive qui additionne les incertitudes (l'homme du métier ? son incitation ? quelle évidence ?)

Des déséquilibres entretenus par des réformes européennes du droit des brevets :

- La directive 2004/48 sur le respect des droits de propriété intellectuelle :

qui a établi des prérogatives procédurales accrues au profit des titulaires (saisie, interdiction provisoire, droit d'information, indemnisations, ..) pour lutter contre la contrefaçon « crapuleuse » (mais moins adaptées au contentieux « concurrentiel » des brevets)

- L'introduction des procédures de limitation (CBE 2000) :

qui ont renforcé l'imprévisibilité juridique en permettant *a posteriori* de restaurer la validité d'un brevet délivré

Des voies de rééquilibrage possibles

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 la prise en compte des nouvelles inventions numériques (actuellement discriminées par rapport à celles d'autres domaines techniques)

Concernant les procédures administratives

- Par le renforcement de l'examen (qui accroît la qualité et la prévisibilité)
- et le recours à l'opposition (+ renforcer l'indépendance de l'organe d'opposition)

- Concernant le contentieux

- Exclure la limitation en cours d'instance
(pour protéger les droits des tiers rétroactivement impactés)
- Renforcer les conditions de 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)
- Objectiver mieux la démonstration de l'activité inventive
 - par le recours à une méthodologie établie
 - par le recours à des experts indépendants

- Concernant la conciliation avec les règles de concurrence

Etendre le recours à des licences obligatoires en prévoyant 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 »

- Concernant le renforcement des motifs d'intérêt public

Réforme de la licence d'office (pour faciliter la réaction rapide face à une crise sanitaire) :

- procédure accélérée en cas extrême urgence sanitaire
- prévoir que les demandes de brevet puissent faire l'objet de la licence d'office
- étendre la licence au savoir-faire nécessaire à la fabrication du médicament.

Conclusion

L'équilibre n'est pas le principe unique qui doit gouverner le droit des brevets

MAIS on peut estimer

- que c'est une exigence croissante dans toutes les branches du droit contemporain
(convergente avec le principe de proportionnalité, qui est un moyen d'établir un équilibre)
- que le caractère déséquilibré (en faveur des grands déposants internationaux) du dispositif de la juridiction unifiée des brevets (JUB) est peut-être aussi une des raisons de son blocage
- que le ré-équilibrage du droit des brevets serait une juste réponse aux critiques théoriques, économiques ou éthiques à l'encontre des brevets.



Institut de recherche en propriété intellectuelle (IRPI) –
Université Paris II Panthéon-Assas
26 rue des Fossés Saint-Jacques – 75005 Paris
01 44 41 56 16 – irpi@u-paris2
✈ [@IRPI_Paris_II](https://twitter.com/IRPI_Paris_II)
 IRPI – Institut de recherche en propriété intellectuelle
bertrand.warusfel@univ-paris8.fr

