



**HAL**  
open science

## La guerre des brevets: Quelles stratégies?

Hélène Rolnik

► **To cite this version:**

Hélène Rolnik. La guerre des brevets: Quelles stratégies?. domain\_shs.info.comm. 2002.  
mem\_00000361

**HAL Id: mem\_00000361**

**[https://memic.ccsd.cnrs.fr/mem\\_00000361](https://memic.ccsd.cnrs.fr/mem_00000361)**

Submitted on 7 Apr 2006

**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.

Mémoire de DESS en Ingénierie de l'Intelligence économique  
Responsable : Professeur Jean-Luc DALLEMAGNE  
**Université de Marne-la-Vallée**

*La guerre des brevets :  
Quelles stratégies ?*

**Par Hélène ROLNIK**

Sous la direction du Général Jean GUYAUX

novembre 2002



## REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont en premier lieu au général Jean GUYAUX qui, lors d'une rencontre à l'Institut francilien d'ingénierie des services de l'Université de Marne la Vallée pour un tout autre sujet, m'a donné l'idée d'un mémoire sur la *Guerre des Brevets*.

Je remercie également l'ingénieur général Paul BENKHEIRI qui a attiré mon attention sur les stratégies militaires. C'est en fait le mariage des conseils de ces deux spécialistes de la sécurité qui m'a conduite au développement qui suit. Ayant déjà exercé pendant treize ans dans la propriété industrielle, j'avais à ma disposition le matériel d'exemples pratiques. L'approche de la stratégie militaire m'a permis de mettre de l'ordre dans ce matériel.

Un grand merci par ailleurs à mes anciens collègues, Sophie LENOIR, Houssine MOUDNI et Georges BRYKMAN, qui travaillent actuellement comme conseil en brevet à Brevatome. Ils m'ont permis d'étoffer mon propos à l'aide d'exemples supplémentaires. Cela concerne notamment les cas des brevets de barrage déposés abusivement dans le domaine de l'électronique. Qu'Alain BERNARD, Président-Directeur général de Prosodie, soit remercié pour ses indications sur ces cas !

Je n'oublie pas Henri HOLTERMANN, chercheur aux ex-Laboratoires Biotrol, qui m'a très aimablement envoyé les brevets relatifs au cas de déstabilisation exposé vers la fin de ce mémoire. Je n'oublie pas non plus le personnel de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) et plus particulièrement de sa Bibliothèque juridique et technique qui m'ont aidée à trouver les jugements se rapportant à ce même cas.

Enfin ma reconnaissance va à Dominique ROYER qui m'a formée à l'utilisation des perfectionnements de Word 2000 de sorte que j'ai pu composer ce texte.

## INTRODUCTION

Pour ainsi dire tous les ouvrages qui traitent des brevets abordent la question sous un angle éminemment juridique. Si cela convient aux spécialistes du droit qui devront *in fine* développer leurs arguments face au juge, les responsables qui, dans les entreprises, déposent des brevets n'y trouvent guère leur pain. Cela vaut même pour des directeurs relativement bien avertis en matière juridique, car le droit des brevets est un des droits les plus complexes. Il faut en effet au moins cinq ou six années à un spécialiste qui travaille dans le domaine du droit des brevets à plein temps, pour commencer à percevoir correctement les notions de nouveauté et d'activité inventive à la base des critères de brevetabilité. Pourtant c'est bien à eux, ces chefs d'entreprise, que le brevet est le plus utile, la finalité du brevet étant en effet avant tout économique. Et ce sont encore eux qui ont à développer des politiques de mise en œuvre des brevets en vue de défendre ou de conquérir un marché. Il apparaît donc un manque cruel d'études mettant à leur portée les principes régissant ces titres de propriété industrielle. La présente étude se fixe comme but de contribuer à combler cette lacune.

Puisqu'il ne saurait donc être question de faire de ces chefs d'entreprise des spécialistes du droit des brevets, une idée consiste à trouver une image parlante. C'est du moins ce qu'a choisi de faire l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) qui diffuse régulièrement sur les ondes de France-Inter par la voix de Claude RICHE un message sur les brevets commençant par : « *le brevet est une arme ...* ». Le même terme, « *arme* », se retrouve aussi sous la plume d'Irène ORES qui a été Présidente de la Compagnie nationale des conseils en propriété industrielle [ELMALEH A., ORES I., 1997]. Certes, il peut s'agir d'une simple métaphore destinée à frapper les esprits. Cependant, la littérature sur les brevets parle également de « *stratégie* », restant ainsi dans un registre militaire. Par exemple un article de Guntram RAHN développe « *les stratégies des entreprises japonaises en matière de brevets* », ajoutant même que certaines d'entre elles ont « *pour fonction l'attaque* ». Enfin plusieurs textes n'hésitent pas à évoquer « *la guerre des brevets* » [RHODAIN C., 1990], [BIROLI B., 1992]. D'où la question : et s'il s'agissait plus que d'une simple image métaphorique ?

Pour répondre à cette question, il faut revenir à la nature de la loi. La plupart des non-spécialistes du droit y voient en effet une règle qu'il ne faut pas transgresser, et cela pour des raisons morales. Faire quelque chose d'illégal leur donne mauvaise conscience. Ce n'est pas bien. Et appliqué à la contrefaçon, cet état d'esprit les conduit à rejeter tout acte de cette nature sans même se demander si la contrefaçon ne serait pas malgré tout rentable. Les praticiens du droit ont quant à eux une vision beaucoup plus prosaïque. La loi ne vise pas à dire ce qui est juste au nom d'une morale supérieure, mais simplement à ordonner la société de façon à réguler autant que possible les conflits pouvant surgir entre les acteurs de cette société. Donc derrière le droit octroyé par le brevet, il y a en réalité une épreuve de force ayant recours au pouvoir coercitif du juge. Celle-ci oppose d'un côté le breveté, de l'autre le contrefacteur, l'enjeu étant la possession d'un marché. Et la seule préoccupation du contrefacteur est de savoir si le risque qu'il court en étant pris est supérieur aux gains qu'il est en droit d'attendre de sa transgression de la loi. Il y va donc pour lui d'une simple mise en balance des risques et des opportunités tout comme pour le capitaine qui s'apprête à conquérir un territoire.

L'idée de voir dans le brevet une arme et dans les conflits qu'il engendre, une guerre, est donc davantage une analogie. Cette étude approfondit cette analogie dans l'idée que c'est elle qui donnera dorénavant au chef d'entreprise les outils conceptuels pour mettre au point sa stratégie en matière de brevets. Le général BEAUFRE a en effet développé dans son ouvrage célèbre de 1963 intitulé *Introduction à la stratégie* une approche de la stratégie militaire dont il dit lui-même que :

*« il n'est pas impossible que ses procédés soient applicables dans le domaine de la politique tout court, et même dans tous les domaines où deux volontés s'affrontent. »*

Pour lui la stratégie est l'art de la dialectique des volontés. Celui qui gagne est celui qui s'octroie le plus de liberté

*« en créant et en exploitant une situation entraînant une désintégration morale de l'adversaire suffisante pour lui faire accepter les conditions qu'on veut lui imposer. »*

En d'autres termes, le Général BEAUFRE remonte à ce qui se passe dans l'esprit même des adversaires, ce qui donne à son approche une portée extrêmement générale. Il rappelle que

*« la décision est un événement d'ordre psychologique ».*

De là, la stratégie est selon lui une

*« méthode de pensée permettant de classer et de hiérarchiser les événements, puis de choisir les procédés les plus efficaces ».*

Il dit encore :

*« la stratégie peut et doit jouer un rôle capital pour conférer un caractère conscient et calculé aux décisions par lesquelles on veut faire prévaloir une politique. »*

Cette affirmation n'a pas échappé aux auteurs de l'ouvrage *Les armes secrètes de la décision* [ALLAIN-DUPRE P. et al., 1997] qui ont rendu un bel hommage au général BEAUFRE en le plagiant littéralement sans jamais le citer. Quoiqu'il en soit, ils ont admis que ces concepts se transposaient parfaitement à la lutte d'une entreprise contre ses concurrents.

Le premier chapitre de cette étude est consacré à un rappel historique. Il est toujours plus facile de comprendre une discipline lorsqu'elle en est à ses débuts. En effet ses mécanismes ne s'encombrent pas encore des éléments secondaires qui viennent l'enrichir ou parfois aussi la distordre au fil du temps. Les forces premières en jeu apparaissent plus nettement dans leur dépouillement d'origine. Puis dans un deuxième chapitre, le cas simple d'un breveté ayant un brevet qui est contrefait par un contrefacteur est examiné. Les dispositions de la loi sont détaillées pour bien mettre en lumière l'analogie militaire et ses différents paramètres. Cela revient à l'élaboration d'une théorie du brevet. Le troisième chapitre de l'étude vérifie sur des cas plus complexes le bien-fondé de la théorie ainsi développée. En même temps, il dresse une liste quasi-exhaustive des stratégies de défense et de conquête des marchés au moyen de l'arme brevet. Finalement les conséquences de cette théorie ainsi validée sont tirées notamment pour ce qui est de la position de la France et de l'Europe vis-à-vis des Etats-Unis.

# Chapitre 1 - Historique

## I - VENISE

Le système du brevet apparaît dans pratiquement toute sa complexité pour la première fois à Venise au XV<sup>e</sup> siècle. A cette période en effet la ville connaît un développement commercial international important. D'un côté, sa situation dans un estuaire lui rend indispensables des moyens nouveaux pour contrôler le niveau des eaux telles que des digues et des écluses. D'un autre, Venise cherche à accroître ses exportations en jouant sur la nouveauté de ses produits. Pour tout cela, la ville cherche à attirer les inventeurs. En 1470, elle leur accorde des privilèges (en latin "*privatae leges*") consistant en des faveurs juridiques. C'est dès lors le développement de la verrerie. Très vite, les gobelets en bois, en étain ou en argent sont partout délaissés au profit de ce matériau qui ne donne pas de goût aux boissons et qui est si esthétique. Mais c'est aussi l'ensemble de l'économie de la cité qui en bénéficie. La plupart des palais qui ornent Venise datent en effet du XVI<sup>e</sup> siècle.

Ainsi est mis en lumière qu'un revenu peut être engendré par une production de l'esprit : l'invention qui apporte un progrès technique ou à tout le moins un changement des habitudes. L'esprit humain, qui jusque-là était plutôt conçu comme d'origine divine et donc non appropriable, est à partir de cet instant perçu tel un arbre portant des fruits et devient donc assimilable à un bien immeuble. Pour organiser la création, est votée par suite en 1474 la "*Parte Veneziana*". Cet acte fondateur porte déjà quelques-unes des principales caractéristiques à la base du brevet d'aujourd'hui :

- exigence de nouveauté:  
*"L'invention doit être nouvelle et ingénieuse, jamais réalisée antérieurement dans notre territoire."*
- exigence d'inventivité:  
Venise fait appel *"aux hommes de différents endroits, possédant un esprit très acéré, capables de réfléchir et de découvrir toutes espèces d'ingénieuses inventions."*
- principe d'une publication de l'invention:  
*"Quiconque réalisera dans cette ville une invention ingénieuse [...] devrait en informer la cité sitôt qu'elle sera applicable."*
- droit exclusif de l'inventeur:  
Seul l'inventeur pourra utiliser l'invention *"à moins qu'il n'y ait eu consentement préalable et licence de l'auteur"*, et cela pendant dix ans après quoi l'invention appartiendra à la collectivité.

Une création de l'esprit devient ainsi susceptible d'appropriation au moins temporairement. Venise crée en parallèle un bureau centralisateur pour gérer cette propriété de même qu'une juridiction répressive pour punir la contrefaçon.

## II.- L'ANGLETERRE

Au début du XIV<sup>e</sup> siècle, un système de privilèges existe déjà en Angleterre pour encourager le commerce international et les nouvelles techniques [*The United Kingdom Patent Act, 1978*]. Ce sont les lettres patentes (du latin "*litterae patentes*") du Moyen-Age, soit des "lettres ouvertes" parce que s'adressant à tous les sujets du Roi et portant le Grand Sceau du Roi comme preuve de l'autorité conférée à la lettre. Ainsi en 1331, Edouard II octroya une protection spéciale à John KEMPE originaire des Flandres afin qu'il développe en Angleterre l'industrie de la confection. Mais c'est seulement plusieurs siècles plus tard que naît l'idée d'octroyer un droit exclusif à l'inventeur. En 1565 par exemple, Jacobus ACONTIUS obtient par lettre patente le monopole sur sa machine à moudre, le fondement de cette décision étant que celui qui a cherché et trouvé des choses utiles au public, a droit à récompense pour son travail et dédommagement pour le temps et les dépenses qu'il a engagés lors de ses recherches.

Peu après, le système des lettres patentes va toutefois se pervertir. La Couronne peut en effet octroyer ces lettres sans le contrôle du Parlement et elle ne se prive pas de les vendre afin de générer des revenus. Elisabeth I<sup>ère</sup> et James I<sup>er</sup>, d'abord vivement critiqués pour de telles pratiques, ne tardent pas à être mis en échec par la justice. C'est ainsi que le monopole accordé par James I<sup>er</sup> pour "*l'importation, la fabrication et la vente de cartes à jouer*" est retiré par la Common Law Court au motif que le monopole limite les droits des personnes à exercer le métier de leur choix et favorise l'augmentation des prix. En 1624, afin de prévenir tout autre abus, le Parlement vote le Statut des monopoles ("*Statute of Monopoly*") qui déclare nul et non avenu tout nouveau monopole à l'exception de ceux

- relatifs à une fabrication nouvelle,
- octroyés au véritable et premier inventeur, et
- pour une période de seulement quatorze ans.

Le Statut est signé par le roi Jacques I<sup>er</sup>, mais ce sont les Attorney General et Solicitor General qui deviennent responsables de la procédure de demande de brevets et de leur délivrance. Cette procédure ne cessera de se formaliser et de se complexifier au point qu'au XIX<sup>e</sup> siècle, Charles DICKENS écrit dans *A Poor Man's Tale of a Patent*:

*"I say nothing of being tired of my life, while I am patenting my inventions. But I put it thus: Is it reasonable to make a man feel as if, in inventing an ingenious improvement meant to do good, he has done something wrong? ... I went through thirty five stages. I began with the Queen upon the throne. I ended with the Deputy Chaff-wax."*

### III - PERIODE DES LOIS NATIONALES

En France, au XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècle, les droits des inventeurs étaient déjà certes reconnus. En 1699, un règlement de l'Académie des Sciences prévoyait notamment d'examiner toutes les machines pour lesquelles des privilèges étaient sollicités auprès du Roi. Les privilèges ainsi accordés se sont multipliés jusqu'à la déclaration royale du 24 décembre 1762. Celle-ci condamnait le caractère sclérosant des privilèges en raison notamment de leur perpétuité, les héritiers négligeant d'acquérir les talents nécessaires pour poursuivre l'exploitation et portant ainsi atteinte au bénéfice que le public pouvait espérer de l'exploitation de l'invention. La déclaration royale fixait donc les conditions du passage des privilèges aux héritiers avec la possibilité pour l'invention de tomber dans le domaine public, l'exclusivité étant limitée de toute façon à quinze ans. La publication de l'invention était en outre prévue pour éviter que les détenteurs des privilèges n'emportent leur secret de fabrique dans leur tombe.

Mais peu de temps après, la France cède aux pressions des anglo-manes qui préconisent de s'inspirer des dispositions économiques anglaises. En 1789, l'ambassadeur de France à Londres transmet la législation et la jurisprudence anglaises aux inspecteurs généraux du commerce de Louis XVI. L'assemblée constituante étudie ces textes de même que les divers cahiers de doléance et, dès la fin 1790, cela est perceptible dans la loi française en préparation qui va même jusqu'à renvoyer aux textes législatifs anglais. La première loi française sur le brevet d'invention date effectivement du 7 janvier 1791. Délaissant la notion de propriété, cette loi est plutôt analysée par les révolutionnaires comme un "pacte social", sorte de contrat entre l'inventeur et la société: en échange d'un droit exclusif temporaire pour le titulaire du brevet d'exploiter son invention, celle-ci est publiée afin d'enrichir les connaissances générales.

Pour être brevetable selon cette première loi française, l'invention doit être nouvelle. Afin de vérifier la nouveauté, un dossier doit être déposé auprès de l'administration comportant les principes, moyens et méthodes qui constituent l'invention ainsi que les coupes, plans et modèles s'y rapportant. Cette description doit être aussi complète que possible. Elle est comparée à des publications antérieures (aussi appelées "antériorités"). S'il apparaît par suite qu'elle est déjà décrite dans un ouvrage, la nouveauté étant de ce fait absente, le brevet n'est pas délivré ou bien, s'il a déjà été délivré, il est révoqué. Toutefois à ce moment-là, la nouveauté suppose un progrès technique résultant d'une découverte par exemple ou bien entraînant une réduction d'effort ou encore améliorant les systèmes déjà connus.

La première loi américaine est antérieure d'à peine un an. Elle est en effet signée par Georges WASHINGTON le 10 avril 1790 [BOUJU A., 1988]. Elle affirme:

*"toute invention portant sur un art nouveau et utile peut donner lieu à un brevet".*

Si la condition de nouveauté est commune à toutes les lois sur les brevets, celle d'utilité distingue la loi américaine notamment de la condition d'inventivité réclamée à Venise. Peu importe la question de savoir si l'invention apporte un progrès technique du moment qu'elle est utile [SIGNORE R., 1988]. Bien souvent cela revient à avoir une valeur économique. Cet élargissement du champ de la loi a des incidences qui se révèlent majeures de nos jours (voir au chapitre 3 le paragraphe II-4 sur l'influence). A l'époque, il était peut-être davantage lié au contexte de guerre dans lequel se trouvent les Etats-Unis naissants. Le comité de brevets qui est créé, est en effet chargé d'étudier le caractère nouveau et utile aussi en fonction de la sécurité de l'Etat.

Cependant, ce comité comprend trois personnes: Thomas JEFFERSON, Secrétaire d'Etat, Henry KNOCKS, Secrétaire d'Etat à la Défense et Edmond ROUDOLF, Attorney General, soit ministre de la justice. Et ils n'ont guère de temps à consacrer à de tels examens des demandes de brevet. Aussi en 1793, une nouvelle loi prévoit un simple enregistrement, comme c'est encore le cas en Italie et comme ce fut le cas en France jusqu'en 1968, date à laquelle fut introduit le rapport de recherche sans pour autant aller jusqu'à l'examen au fond qui n'est toujours pas pratiqué en France à ce jour. Mais le Sénat s'aperçoit bien vite que beaucoup de brevets ainsi délivrés sont sans valeur faute de nouveauté ou d'utilité de l'invention. Cela encourage les fraudes. Il suffit par exemple de copier une invention brevetée en apportant une modification mineure pour pouvoir prétendre à un second brevet. Pour mettre un terme à ces abus dépréciant le système des brevets, un office des brevets est créé en 1802 qui n'est autre qu'une division du Département d'Etat. La loi du 4 juillet 1836 pose les bases du brevet américain tel qu'il existe aujourd'hui avec un examen au fond par la puissance publique fédérale susceptible d'appel. La durée du brevet délivré demeure toutefois encore quatorze ans.

Pendant tout le XIX<sup>e</sup> siècle, les pays industrialisés y compris l'Allemagne développent en fait leur loi sur les brevets de façon indépendante selon leur propre mentalité et leur degré spécifique de développement. Lors de la préparation en France de la loi de 1844, importante parce qu'elle solidifie tous les acquis théoriques et pratiques, il est vivement débattu sur la question: le brevet confère-t-il un droit de propriété sur un bien incorporel qui est l'invention ou bien est-ce un droit exclusif temporaire d'exploitation ? La Grande-Bretagne s'attache plus pragmatiquement à la procédure de délivrance des brevets. En 1883 elle prend la forme qu'on lui connaît aujourd'hui avec la création par le Parlement d'un office des brevets indépendant dont le propre sceau remplace désormais le Grand Sceau d'origine et qui est chargé de publier et d'enregistrer la délivrance des brevets. Comme aux Etats-Unis cependant, l'office n'examine pas au début le mérite des demandes de brevet. Le Parlement étend donc les charges de l'Office britannique des Brevets à l'examen au fond des demandes et introduit la possibilité pour des tiers de s'opposer à la délivrance des brevets.

## IV - PERIODE DU DROIT UNIONISTE

Le droit unioniste résulte d'une volonté humaniste universelle émanant d'abord et avant tout des spécialistes français. Dès 1870 en effet le besoin d'une harmonisation au niveau mondial se fait sentir. Un premier congrès de la propriété industrielle est réuni sans grand succès en 1873 à l'occasion de l'exposition universelle de Vienne. Le deuxième congrès, qui a lieu en 1878 lors de l'exposition universelle de Paris, est beaucoup plus efficace. Il oriente vers un traité international et la France forme une commission chargée d'en préparer un projet. Il en ressortira la Convention d'Union de Paris encore en vigueur à ce jour. Son élaboration, faite de compromis, n'est pas sans rappeler celui de l'Union européenne également par l'importance des dispositions adoptées *in fine*.

Voici comment Maître MATHELY, père du droit de la propriété industrielle en France et auteur d'une véritable somme sur les brevets [MATHELY P., 1991], relate cet événement. En novembre 1880, le gouvernement français convoque une conférence d'experts qui amende, puis approuve le projet de la commission. On envisage alors la signature du traité, mais la Grande-Bretagne, l'Allemagne et l'Empire austro-hongrois refusent de signer et la France se retrouve seule. Le 20 mars 1883, elle convoque une nouvelle conférence qui aboutit à la signature du traité dans la salle de l'Horloge par les onze pays suivants: Belgique, Brésil, Espagne, Guatemala, Italie, Pays-Bas, Portugal, Salvador, Serbie et Suisse, soit des pays sous l'influence de la France. L'idée est que, si les lois ne peuvent être unifiées, il faut que chacun puisse bénéficier de leurs avantages. Cela aboutit à faire bénéficier un étranger unioniste des mêmes droits que ceux dont bénéficie un national.

Mais se pose alors le problème des délais. Car pour que la condition de nouveauté soit respectée, il faudrait que les dépôts d'une même demande de brevet auprès des différents offices nationaux soient simultanés. Les conditions de transport et de communication de l'époque rendent cela impossible. Le Ministre GEIGER-SCHMIDT invente alors le système de la priorité: le national pourra étendre sa demande à n'importe quel autre pays partie à l'Union de Paris pendant un délai d'un an à compter de la date de dépôt dans son pays (pourvu que celui-ci ait aussi adhéré à la Convention d'Union de Paris). Ce délai appelé "délai de priorité" est mis à profit pour notamment traduire la demande dans la langue des pays étrangers visés et procéder à la préparation du dossier de demande dans ces pays. Durant tout le délai de priorité, le demandeur du brevet est quelque sorte "immunisé" des antériorités éventuellement déposées entre la date de son premier dépôt et celle du dépôt de ses extensions à l'étranger.

La Convention d'Union de Paris comporte aussi des règles d'harmonisation qui se sont peu à peu intégrées aux différentes lois nationales. Au fil du temps, les pays réticents ont petit à petit adhéré à la Convention. Aujourd'hui elle regroupe plus de cent pays qui comprennent tant les Etats-Unis que la Russie ou la Chine. D'autres conférences ultérieures ont affiné encore les dispositions de la Convention d'Union de Paris. Bien que les moyens de communication se soient améliorés de façon spectaculaire, le délai de priorité a été gardé pour un autre avantage qu'il procure. Il est mis aussi à profit pour établir le "rapport de recherche" qui rassemble les antériorités trouvées par l'office qui en est chargé. Si ce rapport est jugé mauvais, le demandeur renonce tout simplement à ses extensions. En pratique plus des deux

tiers des brevets demandés en France le sont par des étrangers revendiquant le droit unioniste défini par cette Convention. Pour ce faire, ils n'ont pas besoin d'établissement sur le territoire français. Il leur suffit d'y constituer un mandataire.

En fait, le principe du brevet s'appuie sur des ressorts psychologiques ambivalents. Du côté positif de l'âme humaine, c'est un outil de promotion du progrès technique. Du côté négatif de cette même âme, il joue sur l'intéressement de l'inventeur auquel le Roi ou l'Etat promet des privilèges en récompense de ses efforts, ces privilèges consistant par excellence en un droit exclusif d'exploitation. Mais l'excès de ces privilèges aboutit à la sclérose du progrès recherché en empêchant des tiers d'accéder aux techniques nouvelles. Constamment donc dans l'histoire, les systèmes de brevets ont été aménagés pour produire juste l'incitation voulue sans déclencher pour autant le blocage par les moyens mêmes de l'incitation. Les dispositions pour et contre l'inventeur se sont par suite empilées, produisant un mouvement de balancier incessant. Le chapitre suivant analyse les textes en vigueur actuellement en France et dira par suite où notre époque actuelle se situe dans ce mouvement de balancier.

## Chapitre 2 - Approche théorique

## I - FABRICATION ET MAINTIEN DE L'ARME BREVET

Fabrication et maintien de l'arme brevet passent en l'espèce par la loi puisque le brevet demeure d'essence juridique, cela qu'il soit analysé comme un titre de propriété, comme un droit temporaire exclusif d'exploitation ou encore comme un contrat entre l'inventeur et la société. C'est pourquoi les deux premiers paragraphes de cette partie s'attachent aux textes juridiques en vigueur actuellement en France et aux critères de brevetabilité selon ces textes. Puis est traitée la procédure allant du dépôt d'une demande de brevet jusqu'à la déchéance du brevet correspondant en passant par sa délivrance.

La lecture de ce développement suffira par ailleurs à convaincre que fabrication et maintien de l'arme brevet sont affaire de spécialistes. Le demandeur du brevet dont il est largement question ci-dessous et qui est en pratique soit un inventeur indépendant, soit une entreprise, doit impérativement se faire représenter par un spécialiste en brevet pour agir devant les offices de brevet sauf à avoir toutes les chances de se tromper à un moment ou un autre de la procédure et à se voir privé de son brevet. L'arme brevet est certes une arme de maniement délicat et l'opacité du domaine aux non-spécialistes est un avantage supplémentaire à ceux qui savent utiliser cette arme. Peut-être cette remarque encouragera-t-elle le lecteur à aller jusqu'au bout de ce paragraphe qui, malgré tout l'effort déployé pour justifier l'enchaînement des idées, demeure sans aucun doute, et cela par sa matière même, largement indigeste.

### 1 - Textes en vigueur en France

Bien que la Convention d'Union de Paris représente un pas en avant pour faciliter la protection d'une même invention dans plusieurs pays, il n'en reste pas moins qu'encore à ce jour, un brevet demeure attaché à l'Etat qui le délivre. On parle en effet de brevets nationaux. Et une des règles prévues par cette Convention (voir son article 4bis.1) est justement l'indépendance des titres de propriété industrielle. Cela signifie le respect de la souveraineté des différents pays dans le traitement des demandes de brevet, dans le sort réservé aux brevets délivrés ou encore dans la définition des droits octroyés. C'est ainsi qu'un brevet français octroie un droit exclusif d'exploitation de l'invention sur le territoire français, mais pas par exemple en Allemagne. Les brevets représentaient donc des barrières à la libre circulation des marchandises organisée par le marché commun. L'article 36 du Traité de Rome de 1957 dispose en effet qu'on peut faire objection à la libre circulation pour les droits de propriété industrielle. Cela rendait d'autant plus nécessaire une uniformisation du droit de brevet au moins en Europe.

C'est la Convention de Strasbourg de 1963 qui parvient à cette uniformisation pour ce qui est de la philosophie du droit matériel. Puis la Convention de Munich du 1er juin 1978 formalise les concepts sur lesquels les Européens se sont mis d'accord. Ce dernier texte, encore appelé Convention sur le Brevet européen (CBE) [*Convention sur la Délivrance de Brevets européens*, 1989], régit la délivrance des brevets demandés par la voie régionale européenne. Cette voie est parallèle à la voie nationale traitée par un office national des brevets. Elle est traitée par l'Office européen des Brevets (OEB) implanté physiquement à La Haye, Munich, Berlin et Vienne. Cependant il faut bien garder en tête qu'il s'agit uniquement d'une procédure

de délivrance supranationale, les titres une fois délivrés redevenant nationaux. Cette mise en commun des procédures (qu'un demandeur européen n'est d'ailleurs nullement tenu d'utiliser) a l'avantage de loger à la même enseigne toutes les demandes empruntant cette voie quel que soit leur pays d'origine. C'est la garantie pour que petit à petit la brevetabilité (cf. § I-2 ci-après) des diverses inventions et l'étendue de la protection octroyée (cf. § II-2 ci-après) soient évaluées en Europe selon non seulement les mêmes critères, mais la même interprétation de ces critères. Il est vrai que, progressivement, les quinze pays de l'Union européenne et même d'autres non partie à l'Union européenne dont la Suisse, Monaco et le Lichtenstein, mais partie à la Convention de Munich ont calqué leur loi à la lettre de la CBE. La France a inclus les articles correspondants dans son Code de la Propriété intellectuelle du 1er juillet 1992 [*Code de la Propriété intellectuelle*, 1992].

Il faut à la vérité d'ajouter que ce rapprochement des législations européennes a été stimulé par l'initiative américaine du Patent Cooperation Treaty (PCT) [*Traité de Coopération en Matière de Brevets*, 1994] instaurant en 1970 une procédure internationale d'examen des demandes. Les Etats-Unis, constatant la lenteur des procédures nationales, ont en effet poussé à développer la possibilité de faire effectuer une fois pour toutes les recherches d'antériorités et/ou l'examen au fond. Certains offices nationaux, comme celui de La Haye, Vienne, Stockholm, Tokyo, Moscou, Washington, Pékin ... ont été érigés pour cela en offices internationaux. Selon la procédure PCT, le Bureau international de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) à Genève orchestre les échanges entre les différents offices ou administrations chargées respectivement de la recherche ou de l'examen. Toutefois la brevetabilité est aussi appréciée d'après les critères de la Convention de Strasbourg et de simples avis sont finalement envoyés à l'office national ou régional du demandeur. Celui-ci peut entériner les avis ou ne pas en tenir compte et refaire recherches ou examen pour lui-même. Cela rend cette voie peu efficiente sans parler des frais de traduction qu'elle implique. Elle est pourtant utilisée, et cela de plus en plus, car elle permet d'avoir les avis des administrations avant d'engager le gros des dépenses d'acquisition des brevets dans les différents pays. A l'heure actuelle par exemple plus d'un tiers des demandes européennes passent par la voie PCT. Cependant la majorité des demandes PCT émanent de demandeurs américains.

## 2 - Critères de brevetabilité selon la CBE

L'Article 52(1) CBE dispose que

- « les brevets européens sont délivrés pour*
- les inventions nouvelles*
- impliquant une activité inventive et*
- susceptibles d'application industrielle. »*

La loi française de 1844 s'en tenait à la seule condition de nouveauté. Vers 1950, le chercheur en droit français, Paul ROUBIER, pense qu'il faudrait aussi considérer l'effort créatif. Il rejoint donc la position anglo-saxonne qui, sous la pression des Etats-Unis, plus précisément de Thomas JEFFERSON, admet l'existence de nouveautés mineures ne méritant pas la protection par brevet. L'arrêt fumeux de la Cour Suprême de 1850 (HOTCHKIN/GREENWOOD) différencie certes l'action de l'exécutant de celle de l'inventeur. La notion d'activité inventive se précise. Après quelques excès (« éclair de génie » requis dans une décision de 1941), la loi française du 19 juillet 1952 dispose qu'est

exclu de la brevetabilité ce qui serait "tombé sous le sens" d'un spécialiste. Les Allemands, quant à eux, avaient élaboré la notion de "hauteur inventive" (Erfindungshöhe), mélange de l'inventivité anglo-saxonne et d'une notion de mérite basée sur l'intérêt notamment économique de l'invention. Finalement, lors de la Convention de Strasbourg en 1963, Français et Allemands abandonnent leur point de vue pour une définition très stricte de l'activité inventive. Evitant de la laisser à l'appréciation souveraine du juge, le libellé de la loi cherche à en faire une question objective à laquelle il est possible de répondre par oui ou par non. Une définition négative a été ainsi élaborée qui fait l'objet de l'article 56 CBE:

*« Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique. »*

L'article 54(2) CBE définit quant à lui l'état de la technique:

*« L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet européen par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen. »*

En pratique, il n'est pas nécessaire que le public ait eu effectivement connaissance de l'invention pour qu'elle soit dépourvue de nouveauté. Il suffit que le public en ait eu la possibilité. La jurisprudence cite le cas d'une publication scientifique mise à disposition dans une bibliothèque que pourtant personne n'avait empruntée. Elle a certes été jugée destructrice de nouveauté. A l'opposé, une machine même exposée au regard du personnel, mais se trouvant dans l'enceinte d'une usine, n'est pas réputée accessible au public. Par excellence, un produit mis en vente fait partie de l'état de la technique puisque tout un chacun peut l'acheter et au besoin le démonter pour voir de quoi il est constitué.

C'est ce même état de la technique qui entre dans le critère de nouveauté selon l'article 54(1) CBE:

*« Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique. »*

D'où l'importance des bases de données de brevets [MARX B., 2000]. Par leur formalisme, les brevets offrent en effet une source d'information scientifique et technique incomparable, ce qui au demeurant était visé dès la loi de 1971. Il suffit d'interroger ces bases en limitant les recherches aux demandes antérieures à la date de dépôt de la demande à examiner pour obtenir des antériorités pertinentes. Bien souvent le rapport de recherche se contente de répertorier ces antériorités.

Enfin l'article 57 CBE précise le dernier critère:

*« Une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture. »*

L'article 52(2) CBE ne reconnaît pas ce critère aux méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal ni aux méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal.

A noter que la loi ne dit pas ce qu'est une invention. Elle se contente de donner à l'article 52(2) CBE la liste de ce qu'une invention n'est pas, soit les exclusions à la brevetabilité:

- a) les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques;*
- b) les créations esthétiques;*
- c) les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateur;*
- d) les présentations d'information. »*

Le formalisme des brevets ayant progressé avec le temps, il est admis cependant aujourd'hui qu'une invention brevetable se classe nécessairement dans une des deux catégories suivantes:

- les dispositifs ou

- les procédés (catégorie comprenant les utilisations ou les applications).

Pour mémoire, la loi prévoit enfin d'exclure également de la brevetabilité les obtentions végétales et les races animales qui font l'objet de protections spécifiques. Le chapitre 3 reviendra cependant sur ces exclusions de même que sur celles selon l'article 52(2) CBE ci-dessus (cf. § II-4 du chap. 3).

Appliquer ces trois critères de nouveauté, inventivité et application industrielle à une invention est parfois extrêmement délicat. L'Office européen des brevets (OEB) procède autant qu'il est possible en se posant la séquence de questions suivantes:

- (i) parmi les antériorités citées par le rapport de recherche, quel est le document le plus proche de l'invention à examiner?
- (ii) d'après les inconvénients du dispositif/procédé décrit dans ce document, quel est le problème technique restant à résoudre?
- (iii) aurait-il été évident pour l'homme du métier, le jour du dépôt de la demande à examiner, de résoudre ce problème en adoptant les caractéristiques de l'invention?
- (iv) si non, quelles sont les caractéristiques non évidentes qui résolvent effectivement le problème?

La réponse à ces questions oriente la rédaction des revendications, sorte de résumés de l'invention, qui figurent à la fin de la description de l'invention juste avant les éventuels dessins. Les revendications n'ont été introduites que tardivement dans la loi sur les brevets. Elles visent à établir l'étendue de la protection du brevet (cf. § II.2 ci-après). La première revendication est de ce point de vue capitale. Le rédacteur de la demande a intérêt à la rendre la plus générale possible. Idéalement elle se compose d'une introduction décrivant ce qu'il y a de commun entre l'invention et l'antériorité la plus proche d'elle, suivie d'une partie caractérisante introduite par l'expression "caractérisée en ce que" qui expose les caractéristiques mises en lumière par la question (iv).

### 3 - Procédure

#### A - Dépôt de la demande

Un inventeur français - on l'aura compris à la lecture du paragraphe I-1 ci-dessus - a le choix entre trois voies possibles de traitement de sa demande de brevet: la voie PCT, la voie européenne ou la voie nationale. Cependant afin de ne pas priver la France d'une invention susceptible d'intéresser la Défense nationale, il est tenu dans tous les cas d'effectuer son dépôt à l'office français des brevets appelé Institut national de la propriété industrielle (INPI). C'est pourquoi, l'inventeur français retient généralement la voie nationale pour son premier dépôt. Il y trouve en effet un second avantage. Par exemple l'établissement du rapport de recherche est subventionné par l'INPI à hauteur des deux tiers de son coût global tel que refacturé par l'office des brevets de La Haye qui l'effectue. De même d'autres prestations réalisées directement cette fois par l'INPI (impression, examen) ne sont pas répercutées dans leur totalité au demandeur dont on tient compte des capacités contributives. C'est pourquoi les lignes qui suivent traitent plutôt le cas classique d'un dépôt initial (dit aussi dépôt prioritaire puisque le délai de priorité est décompté à partir de ce premier dépôt) à l'INPI suivi d'une extension européenne. La procédure engagée ainsi se déroule comme suit:

## **B - Phase confidentielle de la procédure de délivrance**

- le demandeur dépose sa demande à l'INPI moyennant le paiement d'une taxe de dépôt. La demande comprend notamment une description de l'invention, le plus souvent avec des planches de dessins, ainsi qu'un jeu de revendications. Ce jeu sera pratiquement dans tous les cas modifié au cours de la procédure de délivrance. Il n'est donc pas crucial à ce stade. En revanche, la description - dont la forme est stipulée par la loi - ne pourra pratiquement plus être changée. Il est donc très important qu'elle soit dès le départ aussi complète que possible. Le jour-même, l'INPI contrôle la recevabilité de la demande et attribue une date de dépôt,
- la Direction générale de l'armement examine s'il convient d'interdire la divulgation et l'exploitation de l'invention et émet dans ce cas un arrêté de mise au secret, ce qui a pour effet de stopper la procédure. Dans le cas contraire qui est en fait la quasi-totalité des cas,
- sauf si l'établissement différé du rapport de recherche a été réclamé par le demandeur et sous réserve que le demandeur ait acquitté la taxe de recherche à l'INPI, le rapport de recherche est établi par l'Office des brevets de La Haye qui est spécialement outillé pour cela, et il est communiqué au demandeur généralement au bout de 10 mois après le dépôt prioritaire. Les antériorités y sont classées en catégories X (pertinent en soi), Y (pertinent en combinaison avec une autre antériorité) ou d'autres catégories telles que A ou E sans incidence sur la brevetabilité de l'invention,
- si le rapport de recherche contient des antériorités en catégories X ou Y, comme le demandeur sait que les offices chargés de l'examen au fond risquent de lui demander de modifier les revendications pour les démarquer de ces documents jugés pertinents, celui-ci effectue souvent les modifications à ce stade qui se situe encore dans le délai de priorité. Il étend alors sa demande à l'étranger et notamment par la voie européenne avec les revendications ainsi amendées. Pour ce faire, il peut garder le texte de la demande en français, l'OEB acceptant indifféremment l'une de ses trois langues officielles: le français, l'anglais ou l'allemand. Il lui faut pour cela acquitter la taxe de dépôt auprès de l'Office européen des brevets.

## **C - Phase publique jusqu'à délivrance**

- à 18 mois à compter du dépôt prioritaire, la demande est publiée tant par l'INPI que par l'OEB. Le rapport de recherche est publié en même temps s'il est disponible. Le texte de publication comporte alors les revendications telles que, le cas échéant, amendées suite à l'émission du rapport de recherche. A partir de cet instant tout tiers peut envoyer des observations écrites tant à l'INPI qu'à l'OEB sur la brevetabilité de l'invention,
- moyennant une requête d'examen au fond et le paiement de la taxe correspondante à l'OEB, un échange de courriers a lieu entre le demandeur et un examinateur. Ce dernier invite à modifier les revendications autant que de besoin pour arriver à la forme telle qu'exposée au paragraphe précédent. Une procédure orale peut être organisée pour une

meilleure compréhension entre demandeur et examinateur. Le cas échéant, l'examinateur peut inviter à modifier le préambule de la description afin d'introduire l'antériorité la plus proche. A la suite de quoi, la Division d'examen de l'OEB composée de l'examinateur précédent et de deux autres assesseurs statue sur l'acceptation de la demande ou son rejet,

- si le demandeur n'est pas satisfait de la décision de la Division d'examen, il peut déclencher un recours,
- en cas d'acceptation de la demande, il convient encore qu'il acquitte les taxes de délivrance et d'impression. Le brevet délivré est en effet publié une nouvelle fois avec les revendications telles qu'accordées par l'examinateur,
- à la suite de quoi, le demandeur doit faire procéder aux traductions nécessaires pour faire valider son brevet dans chacun des pays adhérant à la Convention de Munich qu'il a désignés au moment de l'extension. Le traitement à l'OEB ne peut en effet s'effectuer que dans une des trois langues de l'Office. Si la France a été désignée dans la demande européenne, le brevet issu de la procédure devant l'OEB se substitue automatiquement à celui d'origine qui a été traité par l'INPI. Cela est le plus souvent souhaité par le demandeur, car l'INPI n'effectue pas d'examen au fond aussi sérieux que l'OEB. En France en effet, seul un « avis documentaire » est émis par l'INPI et le brevet est délivré quelles que soient les conclusions de cet avis.

Si la durée de la première phase est nécessairement 18 mois, cette deuxième phase a une durée variable qui dépend de l'examen. A une certaine époque, l'OEB avait du mal à venir à bout de sa charge de travail et on a vu des brevets délivrés seulement au bout de 10 ans. Cela a toutefois été assez exceptionnel. L'examen dure d'ordinaire 2 ou 3 ans. Cette durée demeure tout de même longue dans la mesure où le libellé des revendications n'est pas fixé pendant ce temps. Les tiers restent par suite plongés dans l'incertitude quant à la portée définitive du brevet. Un concurrent désireux de fabriquer ou de vendre l'invention décrite dans le brevet peut ainsi perdre quelques années d'exploitation ou au contraire avoir confirmation assez tardivement qu'il est bien contrefacteur. Environ seulement les deux tiers des demandes aboutissent à la délivrance d'un brevet. Les coûts moyens à prévoir sont au total d'environ 20 000 euros (à comparer à seulement 4 000 euros pour l'obtention d'un brevet français par la voie nationale) [LOMBARD D., 1998]. Cependant au-delà de trois pays désignés dans la demande européenne, cette dernière devient moins chère.

## **D - Phase ultérieure à la délivrance**

Elle se caractérise surtout par le paiement des annuités. Ces sommes que le demandeur acquitte tous les ans aux différents offices nationaux des pays dans lesquels il a un brevet, ont plusieurs fonctions. D'un côté, le paiement est un acte positif du demandeur par lequel il marque son intérêt au maintien en vigueur du titre. Comme en général, le revenu généré par le monopole conféré augmente avec les quantités produites et donc le temps écoulé depuis le début de l'exploitation, les montants des annuités croissent avec le temps. Si le brevet devient inutile suite à l'arrêt de l'exploitation, il suffit au demandeur d'arrêter de verser les annuités.

Les entreprises procèdent régulièrement à ces "élagages du bois mort" dans leur portefeuille de brevets. Les brevets nationaux européens ont une durée maximale de 20 ans à compter de leur date de dépôt. En pratique cependant, la moitié des brevets sont abandonnés au bout de 7

ans et seuls dix pour cent des titulaires de brevet acquittent la dernière annuité. Cela explique que la législation de certains pays offre la possibilité d'un petit brevet appelé en France « certificat d'utilité », non soumis à l'examen au fond, d'une durée de seulement 6 ans.

D'un autre côté, les annuités constituent l'essentiel des subsides des offices nationaux dont une partie va également à l'OEB selon une clé de répartition fixée à l'intérieur de limites imposées par la CBE. Elles leur permettent de financer notamment l'élaboration des bases de données brevets qui sont mises à disposition du public pour beaucoup d'entre elles gratuitement. C'est le cas notamment de l'OEB qui offre la possibilité de recherches gratuites dans les demandes européennes sur son site web [www. european-patent-office.org](http://www.european-patent-office.org) [MARX B., 2000].

Après la délivrance d'un brevet européen, des tiers peuvent déposer une opposition à l'OEB (à condition de rester à l'intérieur d'un délai de 9 mois à compter de la publication de la mention de la délivrance). Les motifs d'opposition sont par excellence l'absence de brevetabilité, mais ils peuvent aussi alléguer l'insuffisance de description ou que l'objet du brevet a été étendu par rapport au contenu initial de la demande. Il n'est en effet pas pensable qu'un exploitant puisse se découvrir contrefacteur à la publication du brevet délivré alors qu'il ne l'était pas au regard de la demande initiale. Le traitement de l'opposition s'effectue par des échanges d'arguments entre les tiers et le demandeur tandis qu'une Division d'opposition de l'OEB, elle aussi composée de trois membres, chargée du dossier, s'érige en arbitre. C'est elle qui finalement tranche, le plus souvent suite à une procédure orale.

La décision qu'elle prend peut être le maintien du brevet tel que délivré, son maintien sous réserve de modification des revendications ou sa révocation. Le demandeur ou les tiers qui s'estiment lésés par cette décision, ont la possibilité de former un recours. Les recours des décisions des Divisions tant d'examen que d'opposition sont traités par des Chambres de recours de l'OEB qui comprennent en général deux membres techniciens et un membre juriste. Les procédures d'opposition et de recours durent chacune en moyenne autour de 3 ans sauf à demander une accélération de procédure à l'OEB qui est généralement accordée lorsque le brevet concerné est l'objet d'un procès en contrefaçon. Leur coût moyen est de 6 000 euros.

## II - PROTECTION OFFERTE PAR L'ARME BREVET

Le paragraphe précédent développe comment l'arme brevet se fabrique. A présent il est question de voir ce qu'une fois fabriquée et dûment maintenue, elle protège effectivement. Cependant dans le jargon de la loi sur les brevets, il est davantage question de droit octroyé que de protection telle qu'une arme peut la garantir. Or, une étude sérieuse ne peut faire l'économie d'un retour aux textes de loi. C'est pourquoi sont précisés ci-dessous la nature du droit de brevet, son objet et enfin son contenu tels qu'ils ressortent de la loi. Toutefois le lecteur doit garder à l'esprit que l'objet du droit n'est autre que l'invention protégée par l'arme brevet. Les lignes suivantes expliquent comment se détermine cette invention protégée à partir de l'invention décrite et revendiquée dans le brevet. De même le lecteur doit comprendre que le contenu du droit revient de son côté à la protection du marché. Ce contenu consiste en effet dans le droit d'interdire aux concurrents des actes de contrefaçon. S'ils ne peuvent fabriquer l'invention, la vendre, etc., le breveté se réserve son marché.

### 1 - Nature du droit de brevet

Maître MATHELY notamment analyse le droit conféré par le brevet comme un droit de propriété sur un bien meuble incorporel qui ne serait autre que l'invention. Son titulaire, le breveté, peut en effet selon lui en recueillir les fruits (*usus*). Ce seraient par exemple les redevances de licence de brevet, aussi appelées royalties. Il peut aussi détruire ce bien (*abusus*) par la divulgation de l'invention. S'il est certain qu'un brevet est lui-même un bien qu'il est possible de vendre (cession) ou de louer (licence, encore appelée concession), il faut reconnaître que le titre de brevet ne possède pas tous les attributs usuels d'un titre de propriété sur un quelconque bien que ce soit une invention ou un monopole.

Tout d'abord le droit conféré par le brevet est limité dans le temps. La durée maximale en France est de

- 6 ans pour un certificat d'utilité (petit brevet pour lequel l'établissement du rapport d'examen n'est pas demandé),
- 20 ans pour un brevet, et
- 7 ans supplémentaires dans la limite de 17 ans à compter de l'autorisation de mise sur le marché pour un certificat complémentaire de protection (uniquement pour les médicaments).

La durée peut être plus courte si le breveté a cessé plus tôt le paiement des annuités, ce qui provoque la déchéance du brevet. Ensuite, une fois cette durée passée, le brevet tombe dans le domaine public et l'invention est exploitable par tous. Cela suppose que la description de l'invention dans le brevet soit suffisamment complète pour permettre sa reproduction par un homme du métier. La propriété est donc bien relative sur un bien qu'il convient de rendre accessible au public par sa publication. Certains cependant y voient une analogie avec une propriété sur une denrée périssable.

Le droit conféré par le brevet est par ailleurs fragile. Il est en effet à la merci de la découverte d'une antériorité remettant en cause la brevetabilité de l'invention ou son exploitabilité (cf. § II-2-E ci-après). Il peut aussi tomber par suite d'un acte de procédure non accompli dans les délais prévus par la loi ou encore l'absence de paiement des annuités en temps voulu. La procédure de restauration permettant en principe de rattraper ces manquements pallie ces oublis uniquement dans une certaine mesure.

Dans les pays adhérant à la Convention d'Union de Paris, un titulaire d'un brevet qui n'est pas exploité dans un délai déterminé (2 à 3 ans) peut enfin se voir obligé d'accorder une licence à un tiers. Cette disposition résulte d'une analyse du droit de brevet comme une convention entre le breveté et la société, le breveté obtenant le monopole en contrepartie de l'obligation de payer des annuités et d'exploiter.

Toutes ces remarques révèlent en fait que le droit de brevet constitue une catégorie de droit *sui generis*, c'est-à-dire qui ne s'apparente à aucune autre catégorie de droit. Par principe, il est dévolu à l'inventeur. Cependant, hormis les Etats-Unis, les différents pays notamment européens reconnaissent le droit au premier déposant, ce dernier pouvant être au demeurant une personne morale. C'est le plus souvent la société qui emploie l'inventeur et il suffit donc qu'elle dépose la demande de brevet sous son nom pour qu'il y ait présomption de droit.

L'inventeur garde quant à lui uniquement le droit moral que son nom figure sur le titre publié, demande ou brevet, comme inventeur désigné. Dans la plupart des pays, en vue d'encourager le dépôt de brevets, la loi organise par ailleurs la rétribution de l'inventeur

- soit par une gratification en cas d'invention dite de mission (l'inventeur salarié est employé pour chercher),
- soit par un « juste prix » de contrepartie en cas d'invention dite hors mission attribuable (l'inventeur salarié n'est pas employé pour chercher, mais il a trouvé quelque chose en rapport avec l'activité de l'entreprise et avec les moyens de celle-ci).

## 2 - Objet du droit de brevet/Invention protégée

Comme cela a été évoqué précédemment, c'est la Convention de Strasbourg qui a fixé les règles d'appréciation de l'objet sur lequel porte le droit conféré par un brevet. De ce point de vue, l'article 69 CBE est fondamental. Il dispose :

*« L'étendue de la protection conférée par le brevet est déterminée par la teneur des revendications. Toutefois, la description et les dessins servent à interpréter les revendications. »*

Un autre article est très important. C'est l'article 84 CBE qui porte sur la clarté des revendications et dispose en outre :

*« Les revendications définissent l'objet de la protection demandée. Elles doivent être claires et concises et se fonder sur la description. »*

L'articulation de ces deux articles revient tout d'abord à admettre que l'objet du droit est l'invention telle que stipulée dans les revendications. Elle revient ensuite à considérer que la protection s'étend à la façon d'un halo autour et au-delà de cette invention stipulée, et cela jusqu'à englober « la teneur des revendications ». Cette dernière résulte d'une interprétation des revendications à la lumière de la description et des dessins. De ce point de vue ces textes, qui sont destinés à avoir force de loi, créent en quelque sorte leur propre vocabulaire. Le halo

définit alors « *l'étendue de la protection* ». Le problème de la détermination de son contour revient donc à celui de l'interprétation des revendications.

En pratique c'est le juge qui, saisi d'une plainte, est amené à procéder à cette interprétation afin d'évaluer si l'objet argué de contrefaçon entre dans le champ de protection du brevet. La jurisprudence a par suite développé une approche conceptuelle pour l'aider dans cette évaluation. Dans tous les pays on fait appel à peu près aux mêmes concepts :

### **A - La copie servile**

Dans ce cas la détermination de la contrefaçon ne pose aucune difficulté. Bien souvent, le produit objet du brevet a tout simplement été surmoulé. Les caractéristiques du produit contrefaisant sont celles stipulées dans les revendications, l'objet même du brevet ayant été copié. Cela ne concerne toutefois pas un modèle réduit de l'invention, des dessins de celle-ci ou encore une autre demande de brevet reproduisant l'invention. De même une reproduction inachevée ou une réparation de l'invention échappent à la contrefaçon si l'invention n'y trouve pas une nouvelle vie.

### **B - Les différences secondaires**

Un adage en droit des brevets dit que

« *La contrefaçon s'apprécie par les ressemblances et non par les différences.* »

Par exemple un produit reproduisant l'invention à ces caractéristiques non essentielles près de façon à introduire quelques différences, demeure dans le champ de protection du brevet. Toute la question est alors de savoir quelles sont les caractéristiques essentielles et celles qui ne le sont pas. En principe la première revendication ne doit contenir que des caractéristiques essentielles pour résoudre le problème qui a été mis en lumière au vu de l'antériorité la plus proche (cf. § I-2 sur les critères de brevetabilité). Est secondaire une caractéristique n'ayant pas d'effet sur le caractère brevetable de l'invention et donc sur son fonctionnement.

### **C - La théorie des équivalents**

La protection du brevet s'étend enfin aux moyens qui ne sont pas explicitement stipulés dans les revendications, mais qui remplissent la même fonction qu'eux en vue d'un résultat identique ou similaire. Un exemple souvent cité porte sur un canon de l'époque napoléonienne dans lequel un câble était enroulé autour de l'obus afin de lui imprimer un mouvement tournant et empêcher ainsi qu'il ne tombe du côté de son fond et n'explose pas. Il a été admis que la protection s'étendait à un canon dont le fût comportait intérieurement une rainure hélicoïdale tandis que l'obus était enveloppé d'un métal mou pour pénétrer dans la rainure.

L'étendue de la protection peut ainsi être élargie bien au-delà de ce qui est stipulé dans les revendications. Dans ce cas ce qui est exposé dans la description prend de l'importance. Il

convient entre autres que la fonction des moyens décrits soit bien précisée. Il faut aussi que cette fonction participe à la résolution du problème mis en lumière d'après l'antériorité la plus proche. C'est là que le talent du rédacteur de la demande de brevet intervient. Il ne doit pas se contenter de décrire la forme de réalisation que l'inventeur lui soumet. Il doit rechercher les diverses fonctions des éléments qu'elle réunit afin d'imaginer par quels autres éléments ils pourraient être remplacés sans rien changer à l'invention. Des expressions du genre « *moyens pour ...* », « *moyens de ...* » sont souvent utilisées pour ces éléments de sorte que même des ensembles qui ne seraient mis au point qu'ultérieurement tombent dans le champ de protection du brevet.

Le conseil en brevet Jean MOULIN, rédacteur des premiers brevets sur la carte à puce, rappelle souvent que Gemplus n'aurait pas rentabilisé aussi bien ses produits sans un tel élargissement de la portée des brevets voulu dès l'origine. Il se plaît à rapporter ce que le célèbre inventeur, Roland MORENO, dit de lui :

*« Il m'a véritablement fait accoucher de mon invention. Je lui dois tout. Il m'a rédigé un brevet en béton, qui est une véritable œuvre d'art, grâce auquel ma société a toujours gagné tous ses procès en contrefaçon. »*

Le chapitre 3 reviendra sur le cas de Gemplus qui a défrayé la chronique en novembre 2002.

Pour déterminer l'élargissement de la portée des revendications au-delà de leur lettre, les échanges entre le demandeur et l'examineur sont aussi importants. Aux Etats-Unis, ces échanges peuvent conduire à « l'estoppel de procédure », soit une restriction dans l'application de la théorie des équivalents quand le demandeur a, au cours des échanges, expressément renoncé à couvrir la fonction des moyens pour s'en tenir à ces derniers.

L'ennui est que la fonction d'un moyen n'est pas toujours évidente. Dans un dispositif, un élément peut avoir une fonction donnée vis-à-vis d'un autre élément (par exemple un ressort qui a une fonction de rappel d'un piston) et une autre fonction vis-à-vis d'un autre élément (par exemple le même ressort servant d'amortisseur). En principe, la théorie des équivalents retient pour fonction l'effet technique premier. Mais encore une fois, sa détermination peut donner matière à discussion.

## **D - Les inventions de procédé**

Dans le même genre d'idée d'élargissement de la portée au-delà de la lettre des revendications, il convient pour être complet de rappeler l'article 64(2) CBE

*« Si l'objet du brevet porte sur un procédé, la protection s'étend aux produits obtenus directement par ce procédé. »*

En pratique il est cependant délicat de faire jouer cette extension de protection. En France notamment il n'est pas possible de renverser la charge de la preuve de sorte que ce serait au présumé contrefacteur de démontrer que le produit n'a pas été fabriqué selon le procédé breveté. Le breveté en est réduit à devoir prouver que le produit argué de contrefaçon n'a pas pu être fabriqué par les procédés connus avant son invention. La présomption joue alors pour en déduire que le procédé employé dans les faits est bien celui tel que réservé par brevet.

Même si les concepts pour reconnaître à la protection conférée une portée plus large que la lettre des revendications ont dans tous les pays notamment européens à peu près les mêmes noms, ce que la jurisprudence y a mis dans ces divers pays diverge bien souvent. L'affaire Improver/Remington est de ce point de vue remarquable. Le tribunal allemand a statué en

faveur de la contrefaçon alors qu'en Grande-Bretagne, la contrefaçon a été écartée. Il y a là source d'insécurité juridique. Le breveté a un droit, mais il ignore sur quoi exactement jusqu'au jour du procès.

## **E - Dépendance et perfectionnement**

Un autre aspect vient parfois restreindre le droit du breveté. Ce sont les droits déjà constitués par d'autres et sur lesquels son brevet empiète. Pour déterminer cet empiètement, les techniques précédentes d'évaluation de l'étendue de la protection sont aussi à utiliser, mais cette fois en se demandant si l'invention considérée n'est pas en train de contrefaire des brevets antérieurs. Une telle étude s'appelle « étude d'exploitabilité », car si elle révèle que l'invention entre dans le champ de protection d'un brevet antérieur (on dit aussi dans ce cas que « le brevet second est dans la dépendance du brevet premier ») son exploitation n'est plus possible sauf à en obtenir l'autorisation du breveté antérieur.

En pratique il est très fréquent qu'un brevet dépende d'un autre plus ancien. Cela est presque systématiquement le cas dans le domaine de la chimie où se créent ainsi de véritables entrelacs de droits privatifs. Seule une veille sérieuse permet par suite à une société de s'assurer que ses produits sont exploitables. Il est possible de faire appel à l'INPI pour cette veille. Un service spécialisé peut par exemple rassembler tous les mois les demandes venant d'être publiées et qui se rapportent à des produits de la même classe que les produits de la société en question [LAINEE F., 1991]. Cette veille peut aussi s'effectuer à partir des bases de brevets disponibles sur des serveurs spécialisés ou sur Internet [MARX B., 2000].

Un tel cas de figure se rencontre très souvent à l'occasion d'une invention perfectionnant un produit ou un procédé déjà couvert par brevet. Le droit des brevets a un autre adage valable en l'espèce :

*« Perfectionner, c'est contrefaire. »*

Si le brevet premier appartient à celui qui l'a perfectionné, il n'y a alors pas de problème d'exploitation. Le brevet de perfectionnement étant déposé plus tard, et dans la mesure où il n'est plus pensable d'utiliser l'invention sans son perfectionnement dès lors qu'il a été mis au point, c'est une façon de prolonger le monopole. Dans les autres cas, l'auteur du perfectionnement devra, s'il le peut, s'entendre avec le breveté d'origine pour conclure, selon le cas, des licences croisées sans bourse déliée ou bien une licence avec paiement de royalties. Le titulaire d'un brevet de base a quoi qu'il en soit un atout par rapport aux autres. Ces brevets de base, aussi appelés « brevets pionniers », sont en effet, comme le chapitre 3 le montrera, l'objet de rudes batailles (cf. § II-3-B du chap. 3). Ils peuvent être mis en lumière par des recherches bibliométriques à partir de bases de données de brevets spécialisées [COURTIAL J.-P. et al., 1991].

### **3- Contenu du droit de brevet/Marché protégé**

Il est régi uniquement par les différentes lois nationales. La loi française définit le contenu du droit de brevet de façon limitative en énumérant tous les actes d'exploitation de l'invention brevetée auxquels le titulaire du brevet peut s'opposer. Il est alors entendu que le breveté ne

peut interdire ces actes que sur le territoire national pour lequel un brevet lui a été délivré. En pratique donc, le breveté a intérêt à se constituer des droits privatifs sur tous les territoires où ses concurrents sont susceptibles de se livrer à des actes de contrefaçon. Il prend par suite des brevets dans les pays où il s'attend à les voir fabriquer ou bien vendre.

### **A - Les actes secondaires de contrefaçon**

Parmi ces actes, certains nécessitent la mauvaise foi pour être effectivement répréhensibles. Ce sont les actes dits secondaires qui consistent à :

- offrir le produit breveté à l'occasion par exemple d'offre gré à gré, de publicités ou d'une exposition ou bien offrir d'utiliser le procédé breveté,
- utiliser le produit breveté ou celui obtenu par le procédé breveté,
- mettre dans le commerce ces produits, soit vendre, louer, prêter à usage, voire donner,
- détenir ces produits aux fins d'offre, de mise dans le commerce et d'utilisation.

La mauvaise foi est établie lorsqu'une copie de la demande ou du brevet délivré a été signifiée par exemple par lettre recommandée au présumé contrefacteur sans qu'il ne renonce à ses agissements.

### **B - Les actes primaires de contrefaçon**

Les actes primaires consistent quant à eux à

- fabriquer le produit breveté ou utiliser le procédé breveté, ou
- importer même si c'est pour un simple transit sur le territoire national.

Toutefois pour ce qui est de l'importation au sein de l'Union européenne, le droit d'interdire est limité afin de garantir la libre circulation des marchandises voulue par le Marché unique. Lorsque le breveté a déjà autorisé la mise sur le marché de son produit au sein de l'Union européenne, il ne peut plus en effet s'opposer à son importation dans un pays de l'Union où il possède un brevet, cela en vertu de la théorie de « l'épuisement du droit ». Cette théorie revient à une dégénérescence du droit de brevet qui peut aller assez loin. Ainsi un breveté français qui donne licence de son brevet à un fabricant allemand, ne peut plus s'opposer à la réimportation en France des fabrications allemandes. L'épuisement du droit revient à considérer que les redevances de licence constituent le tribut au droit de brevet et que le breveté doit s'en satisfaire. Si le fabricant avait été américain, le breveté français aurait pu s'opposer à la réimportation en France des fabrications sous licence.

Quoi qu'il en soit, la mauvaise foi est toujours présumée pour les actes primaires dès lors que la demande de brevet a été publiée. En conséquence il appartient aux fabricants de rester à l'écoute de ces publications par une veille appropriée (cf. § II-2-E). Pour la période qui précède la publication et bien que la procédure en soit alors dans sa phase confidentielle la demande est déjà opposable. La loi dispose en effet que le droit naît au dépôt de la demande de brevet. Mais dans ce cas, la mise en connaissance de cause du présumé contrefacteur doit revêtir un caractère solennel, car c'est une exception à la règle de l'exigence d'une publication. Elle s'effectue de préférence par huissier au moyen d'une copie de la demande certifiée.

Ce qui compte pour évaluer si un acte d'exploitation tombe sous le coup d'un brevet, ce sont les revendications de ce brevet dans leur forme finale. Or, au cours de la procédure de délivrance du brevet et même après en cas d'opposition, les revendications sont susceptibles de subir des modifications. Si l'étendue de la protection conférée par le brevet a augmenté entre la mise en connaissance de cause et la délivrance, des tiers ayant commencé une exploitation non contrefaisante dans cette période transitoire ont le droit de la poursuivre. Si à l'inverse, le champ de protection a été limité par la procédure de délivrance, le brevet est réputé avoir eu dès le début cette portée limitée (effet rétroactif). Il n'est donc pas possible d'inquiéter un contrefacteur des revendications initiales qui ne contrefait pas les revendications finales. Cette disposition est heureuse, car ce cas de figure se rencontre assez fréquemment. En effet en pratique la limitation de portée correspond à l'ajout d'une caractéristique dans la première revendication du brevet. Le contrefacteur d'origine ne reproduit donc pas cette caractéristique supplémentaire. C'est notamment le cas du détenteur d'un brevet de base qui ne contrefait pas son perfectionnement.

Le juge ne peut se prononcer concernant une contrefaçon que sur la base d'un brevet délivré. S'il est en cours d'opposition, comme sa portée est susceptible encore de varier, le juge peut surseoir à statuer. Cependant tous les juges ne le font pas, cela au nom de la bonne administration de la justice. Le juge estime alors qu'il ne faut pas laisser les parties trop longtemps dans l'incertitude quant à l'issue du procès. Toutefois il arrive qu'un jugement en faveur de la contrefaçon soit rendu juste avant que l'Office européen des brevets ne révoque le brevet, rendant finalement toute contrefaçon impossible par absence de droit. Un tel cas sera approfondi au chapitre 3.

### **C - La fourniture de moyens**

Sous la loi française de 1844, un arrêt de 1960 concernant des cires micro-cristallines est resté célèbre. Des ruches brevetées par ailleurs étaient vendues sous forme de kit avec un mode d'emploi pour que le client puisse assembler la ruche. Le juge a été obligé de conclure à l'absence de contrefaçon par suite des lacunes de la loi. C'est pourquoi, en 1968, a été introduit un article pour sanctionner la fourniture de moyens. Son principe est que la livraison ou l'offre de livraison de moyens est fautive si, à la fois,

- les moyens se rapportent à un élément essentiel de l'invention brevetée,
- la mise en œuvre a lieu en France, et
- le fournisseur sait ou ne peut ignorer que ces moyens sont aptes à la mise en œuvre.

La fourniture à l'étranger est donc licite. Peu importe que le fournisseur soit de mauvaise foi. Il doit juste savoir quel produit il permet de reconstituer. L'illégalité de la fourniture de moyens disparaît si

- les moyens fournis se trouvent couramment dans le commerce. Le fournisseur ne doit toutefois pas inciter dans ce cas à reconstituer le produit breveté,
- le breveté a autorisé la fourniture, ou
- la fourniture est effectuée par des personnes habilitées à exploiter l'invention.

## **D - Tiers immunisés**

Le titulaire d'un brevet ne peut s'opposer à l'exploitation de son invention par certains tiers qui sont ainsi immunisés contre son droit. Ce sont les possesseurs antérieurs de l'invention, et qui donc n'ont pas jugé utile de déposer une demande dès leur invention réalisée. Cette exception de possession antérieure constitue en quelque sorte un trou dans le droit dévolu au breveté. Et le monopole de ce dernier devra souffrir la présence d'un ou plusieurs autres exploitants. Ceux-ci bénéficieront de la protection du brevet empêchant l'arrivée sur le marché d'autres concurrents.

Un possesseur antérieur peut apporter la preuve qu'il connaissait l'invention avant le dépôt de la demande de brevet par tout moyen. C'est pourquoi il est utile de tenir un cahier de laboratoire comprenant des pages numérotées. Mais cela peut être insuffisant si le département R&D qui tient le cahier appartient à une autre filiale que celle qui exploite l'invention.

### III - COMMENT JOUE L'ARME BREVET

Reprenant l'image militaire de l'arme brevet, ce paragraphe examine comment elle peut être mise en œuvre. Dans la terminologie juridique, il s'agit pour le breveté de faire reconnaître son droit face à un contrefacteur. Si ce dernier refuse de se soumettre à un arbitrage, c'est le juge qui *in fine* dira le droit. Il convient donc d'examiner comment se déroule un procès en contrefaçon ou, si l'on veut, comment l'arme explose, et quelles sanctions peuvent être prononcées à l'issue de ce procès, c'est-à-dire quels dégâts l'explosion peut occasionner. Cette étude permettra une approche théorique de l'arme brevet.

#### 1 - Procès en contrefaçon

##### A - Assignation par le breveté

Historiquement la contrefaçon relevait du pénal. Cela a été réintroduit dans la loi française de 1990 lorsqu'il y a preuve indubitable de l'intention frauduleuse du contrefacteur. Toutefois cette faculté est peu employée en raison des incertitudes qui pèsent en général tant sur l'objet du droit (cf. la remarque à la fin du paragraphe II-2-D ci-dessus) que sur la validité du brevet (cf. § III-1-B). Le pénal pose aussi un problème d'attribution de juridiction, le contrefacteur présumé mettant généralement en cause la validité du brevet, question qui se traite au civil (cf. aussi § III-1-B). La quasi-totalité des procès en contrefaçon de brevets ont par suite lieu directement devant les juridictions civiles, la responsabilité civile délictuelle du présumé contrefacteur étant seule en cause. Elle se prescrit par trois ans.

L'instance doit être introduite par le réel titulaire du droit de brevet. Ce dernier peut être le breveté d'origine. Il peut aussi être le cessionnaire du droit ou son concessionnaire exclusif à condition d'être valablement inscrit comme tel au Registre national des brevets. Le droit de brevet est en effet considéré comme un droit réel, qui doit être soumis à une publicité pour être opposable à tous. Ci-dessous, le terme de breveté sera gardé pour désigner le demandeur de l'instance quelle que soit sa qualité vis-à-vis de son droit de brevet.

En France, dix tribunaux de grande instance sont réputés compétents en matière de brevet. Ce sont les tribunaux de Lille, Nancy, Strasbourg, Paris, Rennes, Limoges, Bordeaux, Toulouse, Marseille et Lyon. Mais plus de la moitié des affaires de brevet se traite à Paris. L'assignation s'effectue devant le tribunal

- soit du domicile du présumé contrefacteur,
- soit du lieu où l'acte de contrefaçon présumée s'est produit.

Cela laisse en pratique le choix du tribunal au titulaire du droit de brevet dans la mesure où il peut par exemple se faire livrer où il veut le produit contrefaisant. C'est un premier aspect qui met en position de force le breveté. Si au niveau de la première instance cela joue peu, les tribunaux n'étant pas spécialisés dans les brevets, les chambres de cours d'appel en revanche le sont et la sensibilité de chacune finit par être connue des avocats spécialisés.

Un autre de ces aspects est relatif à la preuve de la contrefaçon qui en principe peut être établie par tout moyen. Certes le breveté en a la charge, mais il dispose notamment en France de la procédure de saisie-contrefaçon qui est particulièrement efficace. Le chapitre 3 examinera plus en détails comment cette procédure se déroule en pratique (cf. § I-2-A du chap. 3). Ce n'est autre en vérité qu'une perquisition que le breveté peut se voir autorisé à organiser chez son présumé contrefacteur.

## **B - Demande reconventionnelle en annulation par le contrefacteur présumé**

Un troisième aspect semble encore favorable au breveté. C'est l'adage

« *Provision est due au titre.* »

qui signifie qu'un brevet délivré bénéficie d'une présomption de validité. Un des moyens de riposte du présumé contrefacteur consiste cependant à déposer une demande reconventionnelle en annulation du brevet. La loi prévoit en effet qu'une décision de justice peut déclarer nul un brevet si :

- a) son objet n'est pas brevetable,
- b) il y a insuffisance de description, ou
- c) l'objet du brevet délivré s'étend au-delà du contenu initial de la demande.

Un brevet délivré en France par la voie nationale ne subit pas d'examen au fond. Seul un avis documentaire établi par des membres de l'INPI au vu du rapport de recherche est joint à la publication du brevet délivré. Un tel brevet reste donc assez vulnérable à une éventuelle annulation par le juge. Un brevet délivré par la voie européenne est beaucoup moins vulnérable surtout si les antériorités soumises au juge sont les mêmes que celles qui ont été prises en compte lors de l'examen au fond effectué par l'OEB.

La mesure dans laquelle un brevet est vulnérable à l'annulation lors du procès est fondamentale dans l'issue favorable ou non du procès en contrefaçon. Car bien sûr si le brevet est annulé lors du procès, il est réputé n'avoir jamais eu d'effets juridiques et il ne saurait en conséquence y avoir de contrefaçon. En France, ce point est examiné par le même juge que celui qui a à connaître de la contrefaçon (contrairement à ce qui se passe en Allemagne notamment). Et la validité du brevet est examinée en premier lieu. Ce paramètre fondamental propre à un brevet est aussi appelé valeur ou solidité du brevet. C'est un paramètre aussi important que la portée de la protection conférée par le brevet selon laquelle le produit ou le procédé argué de contrefaçon tombe ou non sous le coup du brevet. La portée est examinée en second lieu dès lors que le brevet a été en tout ou partie validé.

La procédure devant le juge est contradictoire. En pratique, les parties, donc aussi bien le breveté que le présumé contrefacteur, sont invitées à soumettre des arguments au juge autant que de besoin. Les arguments soumis par l'une des parties sont transmis à l'autre pour qu'elle prenne position dessus. Bien entendu ce sont les avocats des deux parties qui échangent ces écritures. Mais les arguments sont élaborés en commun avec les équipes de chercheurs des sociétés en cause ainsi que leurs conseils en propriété industrielle respectifs. Ces échanges s'étalent sur plusieurs mois tandis que les plaidoiries durent une ou deux heures en général, n'excédant jamais une journée.

Le délai moyen de traitement d'un procès en contrefaçon a été entre 1990 et 1995 de 16,4 mois [TRIET G., 2000]. Cela s'explique par le manque de magistrats, mais aussi par l'attitude des parties qui se livrent souvent à des manœuvres dilatoires (cf. § I-2-B du chap. 3). Le coût

moyen d'un procès en première instance en France est de 100 000 euros dont une petite moitié va à l'avocat et l'autre moitié, plus grosse, va au conseil en propriété industrielle. La procédure en appel est de 30% moins chère. En comptant un passage en cassation, il faut compter un coût global moyen de 200 000 euros environ pour une durée de cinq à six ans.

L'investissement dans la préparation du procès est un troisième paramètre influençant largement son issue au même titre que solidité et portée du brevet. Et si ces trois paramètres ne sont que de piètre qualité, les aspects favorables au breveté soulignés ci-dessus ne lui permettront guère de faire succomber le présumé contrefacteur.

## 2 - Les sanctions de la contrefaçon

### A - Dommages et intérêts

En France, la sanction de la contrefaçon n'a pas un caractère de vengeance à l'égard du vilain contrefacteur. En effet le mécanisme de la responsabilité civile donne droit uniquement à réparation dès lors qu'il y a préjudice selon l'adage :

*« Le préjudice, tout le préjudice, mais rien que le préjudice. »*

Ce mécanisme vise à restaurer la partie lésée dans ses droits. Aussi dès qu'il a été jugé que le brevet était valable et qu'il était bel et bien contrefait, le juge ordonne le calcul des dommages et intérêts qui seront versés au breveté et fait le plus souvent appel pour cela à un expert spécialisé. Celui-ci utilise une méthode de calcul immuable comprenant les étapes suivantes :

#### a) choix de l'assiette de calcul

Il est rare que l'invention protégée par le brevet soit un produit vendu à part. Le plus souvent, l'aspect innovant est inclus dans un « tout commercial » qui est vendu dans son ensemble. L'assiette de calcul est alors le chiffre d'affaire réalisé sur ce tout commercial pendant toute la période des agissements de contrefaçon. Bien entendu ces agissements ne peuvent commencer qu'après la naissance du droit de brevet, soit à la date de dépôt de la demande. La prescription par trois ans fait par ailleurs remonter le début de cette période au plus tôt à trois ans avant l'assignation. La période concernée s'arrête soit avec les agissements, soit avec le jugement, voire au-delà au moins en théorie dans le cas où l'interdiction n'aurait pas été prononcée et que le contrefacteur se proposerait de faire appel de la décision le condamnant.

#### b) calcul des ventes qu'aurait pu réaliser le breveté

Dans cette optique de la réparation d'un préjudice, ce ne sont pas les ventes effectives du contrefacteur qui comptent, mais bien celles qu'aurait pu réaliser le breveté. Il est par suite tenu compte des capacités de production ou de vente du breveté. Les conditions du marché qui, elles, s'imposent aussi bien au contrefacteur qu'au breveté sont aussi appréciées.

### c) évaluation du manque à gagner pour le breveté

- si le breveté exploite lui-même l'invention, le préjudice consiste dans le gain manqué égal au produit des ventes précédentes et du bénéfice réalisé par le breveté par ensemble vendu ;
- si le breveté n'exploite pas, mais fait exploiter par un ou plusieurs licenciés, le préjudice consiste pour lui à être privé de redevances. Ces dernières sont estimées égales au gain précédent multiplié par le pourcentage de la redevance de licence ;
- si enfin personne n'exploite l'invention du côté du breveté, il est admis de considérer que le contrefacteur est un licencié qui s'est imposé. Le préjudice est calculé comme dans le cas précédent sauf que le pourcentage de licence est précisé dans le jugement. Il est plutôt fixé à une valeur de deux ou trois points supérieure à ce qui se pratique dans la profession pour lui valoir tout de même valeur de punition (par exemple 8% du chiffre d'affaire au lieu de 5%).

En pratique, la réparation moyenne qui est allouée au breveté par le juge est de l'ordre de 30 000 euros [TRJET G., 2000]. Toujours entre 1991 et 1996, 9 décisions de justice sur 82 ont attribué plus de un million d'euros de dommages et intérêts. Cela paraît largement sous-évalué. Comme certains spécialistes le résument, le brevet français rapporte à la mesure de ce qu'il vaut [Commission d'Information pour l'Entreprise de l'AAAF, 2002]. En fait, les magistrats craignent souvent de condamner à tort, ce qui explique le caractère dérisoire des sanctions pécuniaires. Ce n'est pas le cas dans d'autres pays comme les Etats-Unis ou l'Allemagne.

Quoi qu'il en soit, cette méthode de calcul est très révélatrice du pouvoir dissuasif effectif d'un brevet. Celui-ci sera en effet très différent selon les situations respectives du breveté et du contrefacteur sur le marché. Un contrefacteur puissant, capable de vendre beaucoup plus que le breveté, pourra s'offrir le luxe d'une condamnation sans souffrir réellement de pertes. Prendre l'initiative de contrefaire en l'absence de toute exploitation par ailleurs peut aussi être rentable. En revanche la petite société qui contrefait le brevet d'une entité à forte capacité d'exploitation peut être condamnée à payer des dommages et intérêts tels qu'il ne lui reste plus ensuite qu'à mettre la clé sur la porte. Ce point attire l'attention sur un quatrième paramètre influençant l'issue du procès : le rapport de force entre breveté et contrefacteur.

## **B - Interdiction**

La menace d'une autre sanction, à savoir l'interdiction, est souvent beaucoup plus dissuasive notamment pour les grosses sociétés tentées de contrefaire. Elle joue en fait à deux niveaux :

### a) l'interdiction provisoire

Dans ce cas, le procès proprement dit n'a pas encore commencé, seule l'assignation ayant eu lieu dans le cadre de l'action principale. Le breveté saisit alors le juge des référés pour une action dite secondaire visant à une interdiction provisoire. Il s'agit en fait de faire prononcer une décision de justice interdisant au présumé contrefacteur de poursuivre son exploitation de l'invention brevetée. L'interdiction est dite provisoire en ce sens qu'elle pourra le cas échéant être remise en cause ultérieurement par le juge du fond de l'action principale. Bien sûr, avant d'ordonner une telle mesure extrêmement pénalisante pour le

préssumé contrefacteur, le juge des référés s'entoure de garanties. Il s'assure entre autres que :

- l'action est engagée sur la base d'un brevet et non d'une simple demande,
- l'action principale au fond apparaît sérieuse, c'est-à-dire qu'à première vue, le brevet semble valable et la portée du brevet s'étendre à l'objet contrefaisant, et
- l'action principale a été engagée dans un bref délai (en pratique de l'ordre de six mois) à compter du jour où le breveté a eu connaissance des agissements du présumé contrefacteur, cet aspect allant de paire avec le caractère d'urgence de la cessation de ces agissements pour la survie du breveté.

Malgré ces précautions, le juge des référés qui craint tout de même de léser le présumé contrefacteur, demande parfois que le breveté constitue des garanties financières destinées à indemniser le présumé contrefacteur de l'éventuel préjudice que l'interdiction provisoire lui aurait occasionné.

Cette mesure demeure d'un emploi restreint en France en raison notamment des incertitudes demeurant sur la validité du brevet délivré par le système français. Entre 1991 et 1996, seulement une petite dizaine d'actions en référé ont abouti à l'interdiction en France [TRIET G., 2000]. A l'étranger, en particulier dans les pays de droit anglo-saxon, l'équivalent de l'interdiction provisoire, l'injonction, est prononcée beaucoup plus souvent et a un caractère très dissuasif.

#### b) l'interdiction sous astreinte

Pour en revenir aux sanctions encourues dans le cadre de l'action principale, le juge dispose dans son arsenal de l'interdiction sous astreinte. Si le contrefacteur n'obtempère pas à l'interdiction de poursuivre ses agissements, il doit payer une pénalité supplémentaire par jour d'exploitation illégale. Cette pénalité est par exemple de l'ordre du prix de l'objet contrefaisant de sorte qu'elle est parfaitement dissuasive. L'avocat Jean-Louis FREYRIA a bien souligné ce point lors du 6ème Forum sur l'Intelligence économique qui s'est tenu du 25 au 27 septembre 2002 à Menton.

### **C - Autres sanctions**

#### a) la confiscation des objets contrefaisants

Au cours de l'histoire la mesure de confiscation a varié, ce qui est significatif des problèmes qu'elle pose. Tout d'abord sont confisqués au nom du « tout indivisible » les ensembles incorporant l'invention contrefaite. Cela peut par suite mettre en cause des sommes importantes qu'il convient de déduire des dommages et intérêts tels que calculés au paragraphe III-2-A. Au début, l'Etat revendait lui-même les objets confisqués. Puis, à partir de la loi de 1844, ils ont été remis au breveté. Mais leur qualité n'est pas forcément la même que celle assurée par le breveté. Aujourd'hui, la destruction pure et simple tant des objets contrefaisants que des moules est privilégiée quitte à restituer au contrefacteur la valeur de leur matière première.

### b) la publication du jugement

Effectuée dans des publications spécialisées propres au domaine d'activité du contrefacteur, une telle publication peut avoir un caractère dissuasif dans la mesure où son image de marque risque d'en être ternie. En pratique cependant, étant donné toutes les subtilités du droit des brevets, les sociétés sont peu enclines à juger défavorablement l'une d'elles qui serait condamnée pour contrefaçon. La PME qui a manqué de vigilance et n'a pas reconnu à temps qu'elle empiétait sur le champ de protection d'un brevet concurrent, fait figure plus de victime que de prédateur cherchant à s'emparer frauduleusement du marché.

## 3 - Nature de l'arme brevet

Cela ramène à la nature de l'arme brevet. Quelle est-elle en effet et comment s'en servir pour défendre ou conquérir un marché ? Pour répondre à cette question, ce que se propose de faire le chapitre 3 en étudiant les stratégies de mise en œuvre des brevets, l'idéal serait de développer une théorie du brevet à l'instar d'une théorie scientifique. Pour aller dans ce sens, une analogie est proposée : celle de la mine ou bombe déclenchable à distance en vue de piéger le terrain de l'invention pour en interdire l'accès. Cette arme présente en effet des paramètres qu'il est possible de mettre en parallèle avec ceux du brevet tels qu'ils viennent d'être dégagés :

- a) Valeur, validité ou solidité du brevet sont à comparer à la fiabilité du mécanisme de mise à feu de la bombe. Si ce mécanisme est déficient, la mine n'explosera pas de même que si le brevet n'est pas valide, il n'y aura pas de sanctions pour le présumé contrefacteur. Ce paramètre dépend de l'invention elle-même et est donc du ressort des chercheurs ;
- b) La portée du champ de protection du brevet correspond en fait à la zone protégée par la bombe. C'est le domaine où il est risqué pour le contrefacteur de s'aventurer. Comme cela a été dit au paragraphe II-2-C, ce paramètre dépend surtout du spécialiste en propriété industrielle qui a rédigé les revendications de la demande de brevet ;
- c) La puissance de la bombe lors de son explosion n'est autre que celle des équipes réunies pour mettre au point l'argumentaire du procès. Elle est évidemment liée au montant des sommes que le breveté est prêt à y consacrer. En d'autres termes, ce paramètre dépend surtout du breveté ;
- d) Exactement comme le contrefacteur puissant qui n'a rien à craindre de l'existence d'un titre aux mains d'un breveté faible, un blindé peut passer sans dommage grave à proximité d'une mine de faible puissance. Ce dernier paramètre dépend du contrefacteur.

L'analogie de la bombe fonctionne bien dans le cas élémentaire d'un brevet appartenant à un breveté et contrefait par un contrefacteur. Il convient en effet d'imaginer un blindé plus ou moins puissant, le contrefacteur, qui traverse le terrain piégé de son adversaire, le breveté. Si le brevet est d'une validité moindre, il traversera le terrain sans que rien n'explode. Si le brevet est de portée réduite, il pourra le contourner et également éviter toute explosion. Si les équipes du breveté sont négligentes ou qu'elles n'y consacrent pas l'argent nécessaire, rien

n'explosera non plus faute de procès sérieux. Si enfin la position dominante sur le marché du contrefacteur revient à ce qu'il jouisse d'un blindage épais, l'explosion que provoquera son passage dans la zone protégée par son l'adversaire, ne l'affectera pas de façon marquante.

Reste à savoir si cette analogie demeure pertinente dans des cas plus complexes. Car dans la pratique, le breveté possède plusieurs brevets, les contrefacteurs potentiels sont légion, le breveté lui-même pouvant être contrefacteur d'autres brevets ... C'est pourquoi le chapitre suivant passe en revue les diverses stratégies d'emploi des brevets pour défendre ou conquérir un marché.

## Chapitre 3 - Stratégies de mise en œuvre des brevets

## I - STRATEGIES DE DEFENSE D'UN MARCHE

L'historique précédent de même que l'analyse des textes en vigueur actuellement montrent que la finalité du brevet, telle qu'elle a toujours été conçue par le législateur, est la garantie d'un monopole sur une invention et par suite sur le marché qui s'y rapporte. L'arme brevet est par suite avant tout une arme défensive. Il est en conséquence naturel de commencer par les stratégies de défense d'un marché. Les lignes ci-dessous se placent d'abord du côté du breveté qui souhaite protéger son marché par des brevets adaptés. Puis elles se placent du côté du contrefacteur qui cherche à se défendre face à un breveté qui l'attaque.

### 1 - Côté breveté

#### A - Le dépôt de brevets

La stratégie de défense d'un marché à l'aide de l'arme brevet commence dès la décision de fabriquer ou non l'arme. Jusque-là l'invention était un bien sans maître. Par son dépôt d'une demande, le futur breveté s'approprie ce bien dans l'idée que le juge pourra, si le besoin s'en fait sentir, contraindre au respect de son droit de propriété. Cependant la fabrication de cette arme a un certain coût. Quand donc est-elle la plus intéressante?

La réponse à cette question dépend en premier lieu de la nature de l'invention. Que cette dernière consiste en un produit ou un procédé, dans tous les cas, il s'agit *in fine* de vendre une innovation technologique. Or, les phases de la vie d'une telle innovation sont bien connues. Ce sont par exemple:

- la phase de développement caractérisée par les investissements à réaliser pour parfaire l'invention dans le secret du laboratoire,
- la phase de lancement qui nécessite aussi des investissements, mais plutôt pour commercialiser le produit,
- la phase de décollage lorsque le produit semble avoir été accepté par le marché et qu'il dégage de fortes marges bénéficiaires en raison de l'absence de concurrents,
- la phase d'industrialisation, avec de nouveaux investissements donc, mais cette fois afin d'abaisser les coûts de production et maintenir en conséquence la marge malgré l'apparition de concurrents sur le marché,
- la phase de maturité du produit durant laquelle a lieu en principe le retour sur investissement, et enfin
- la phase de déclin.

Le brevet est utile après la phase de décollage afin de retarder au maximum l'apparition des concurrents sur le marché. Il est en effet connu que si la part de marché est doublée, il en va de même pour la rentabilité de la production. Une autre règle veut que si le volume de production est multiplié par deux, le prix de revient chute de 15 à 20%. Avoir le monopole, soit la totalité du marché, permet donc de bénéficier du maximum de marge. L'enjeu est de

taille. Mais il n'est pas toujours aisé de reconnaître quel est le bon moment pour le dépôt. S'il intervient trop tôt avant le décollage, les 20 ans du brevet risquent de s'achever avant que ne commence la phase de déclin du marché. Et s'il intervient trop tard, des concurrents auront pu prendre pied sur le marché. Car il ne faut certes pas trop se faire d'illusion sur la possibilité de garder l'invention secrète. Les employés changent de société et parlent (cf. § II-1 ci-après).

## **B - La concession de licences**

La durée du cycle de vie du produit est un élément important pour juger du moment opportun pour le dépôt. Elle dépend le plus souvent du secteur considéré. L'INPI distingue dans ses rapports d'activité [INPI, 2000] trois secteurs:

- mécanique,
- chimie, et
- physique-électricité.

Le système du brevet est particulièrement bien adapté au secteur de la mécanique plus ancien. Dans le secteur de la chimie, les brevets de médicaments souffraient de la durée exagérément longue de la phase de développement comprenant tous les essais sur les animaux, puis sur les humains. Les certificats complémentaires de protection visent à pallier cette inadéquation par une prolongation du monopole au-delà des vingt ans traditionnels. Pour des produits à cycle très long comme parfois dans le dernier secteur qui comprend l'électronique, le cas de la carte à mémoire semble assez typique.

Les principes des transactions électroniques mettant en oeuvre des microcircuits étaient connus en France depuis vingt ans. Des ingénieurs répartis dans le monde entier comme CASTRUCCI, HALPERN, ELLINGBOE, GRETAG, DETHELOFF, ARMURA ... avaient déjà conçu et décrit des cartes en matière plastique comportant des circuits et des mémoires électroniques en vue de réaliser des moyens de paiement quand l'inventeur français Roland MORENO dépose en 1974 une demande sur ce sujet. Son conseil en brevet, Jean MOULIN, l'orienta sur des aspects techniques traités jusque-là de façon incomplète. Personne en effet n'avait encore exploité la carte à mémoire. MORENO et MOULIN dégagent des concepts inventifs qui finalement résistent aux attaques de "poids lourds" comme Philips et Siemens.

En 1975 est créée la société Innovatron, société dont l'activité se résume à entretenir les brevets pionniers pour les concéder en licence. Son fondateur, Jean MOULIN, pense qu'à cette phase de développement, il n'aurait pas été possible de trouver des investisseurs pour industrialiser la carte à mémoire alors que le retour sur investissement prévisible n'était qu'à un horizon de dix ans. Ce n'est en effet qu'à la fin des années 1980 que la monétique commence à s'imposer sur deux marchés, celui de la télécarte et celui des cartes bancaires. Les investissements nécessaires sont alors consentis à Gemplus qui vient d'obtenir par ailleurs commande de la part de France Télécom pour plusieurs dizaines de millions de francs. Créée avec une centaine de personnes, Gemplus devient ainsi en moins de dix ans le leader incontesté de ce nouveau marché avec 3 000 personnes et un chiffre d'affaire de 2,3 milliards de francs.

Le démarrage de Gemplus est fondamentalement lié à l'existence des brevets pionniers qui se sont montrés assez solides. Sans cette assurance de retour sur investissement, la phase d'industrialisation n'aurait pas débuté faute de moyens financiers. Et Innovatron qui les avait fournis, est largement rentrée dans ses frais. En l'espèce Innovatron n'avait pas les moyens d'exploiter elle-même les brevets de Roland MORENO. Lorsque la société détentrice des

brevets exploite elle-même, la concession d'une licence n'est pas toujours recommandée (cf. § II-3-C ci-après). Quoi qu'il en soit, le coût du dépôt demeure négligeable par rapport à celui de la campagne de lancement d'un produit.

### C – Le procès en contrefaçon

Mais cela n'a d'intérêt que dans la mesure où le breveté est prêt à traîner devant les tribunaux tout contrefacteur apparaissant sur le marché. Un procès crée en effet toujours une gêne pour ce dernier:

- il doit subir la saisie-contrefaçon,
- le procès s'éternise pendant trois, quatre, voire cinq ans durant lesquels il demeure dans l'incertitude,
- il ressent les effets psychologiques au moins du discrédit moral jeté sur sa société.

En face le breveté risque, dans le pire des cas où il perdrait son procès:

- d'être condamné à devoir rembourser les frais de procédure engendrés par le procès (selon le fameux article 700 de Code de procédure civile), mais ils s'élèvent en moyenne à seulement à 3 000 euros,
- de perdre son brevet. Mais ce dernier serait de toute façon resté sans effet sur le contrefacteur en cas de tolérance de ses agissements.

En fait la décision d'assigner le contrefacteur doit résulter d'une étude économique mettant en regard, d'un côté, les pertes subies du fait de la contrefaçon et, d'un autre, les frais de procédure avec ou sans chance de succès pour le breveté. Il est vrai que certaines PME/PMI particulièrement petites, qui par exemple sont parvenues à déposer un brevet grâce à une aide de l'Etat, n'ont pas les moyens d'assumer ces frais. A la fin 2002, la Présidence danoise de l'Union européenne a présenté des propositions précises concernant un nouveau système européen d'assurance appelé des vœux des professionnels déjà depuis de nombreuses années [OEB, 1994]. Il consisterait pour ces PME/PMI à acquitter une prime, d'un montant abordable dans la mesure où le système serait à l'échelle européenne, en contrepartie de quoi les frais de procédure seraient acquittés sur un fonds de garantie [Commission européenne, 2002].

En relation avec les procès, il est intéressant de savoir comment les juges statuent. Marie-Françoise MARAIS, Présidente de chambre à la Cour d'Appel de Paris, a livré ce secret notamment lors du 6ème Forum européen de la Propriété intellectuelle qui s'est tenu à Paris les 6 et 7 mars 2001. Selon elle:

*"les juges cherchent toujours à déterminer qui se moque de qui. Leur décision vise alors à sanctionner la partie qui le mérite. Ensuite ils lui donnent un habillage juridique".*

C'est un point très important à savoir, car il relativise l'intérêt de l'étude de la jurisprudence. Dans son jugement ou son arrêt, le juge ne peut en effet pas soulever de moyens autres que ceux soulever par les parties. Or, si le fondement réel de sa décision est l'attitude des parties lors de l'audience - et cela se produit beaucoup plus fréquemment qu'on ne le croit -, le juge est contraint de tordre les arguments fournis pour qu'ils se plient aux conclusions qu'il veut voir émerger. En conséquence, il apparaît essentiel que les considérations économiques évoquées au paragraphe précédent prévalent sur toutes études juridiques du dossier.

## **D - La constitution d'un portefeuille**

Les dépôts à privilégier sont bien entendu ceux de brevets de base. Les entreprises se livrent en effet à de rudes batailles pour les détenir (cf. § II-3-A ci-après). C'est que le titulaire des brevets dominants contrôle tout le secteur économique correspondant. Mais les brevets de perfectionnement ne sont pas non plus à négliger. Ils peuvent servir de monnaie d'échange lors de négociations ou encore permettre des stratégies d'encerclement (cf. § II-3-B ci-après). Enfin sont également d'un grand intérêt les brevets dits "défensifs" parce qu'ils n'ont pas vocation à être exploités. Bien qu'en principe, une licence obligatoire puisse en être demandée au ministre chargé de la propriété industrielle, cela n'est jamais fait en pratique. Du coup, la technologie correspondante est gelée. Cela est avantageux lorsque cette technologie est susceptible de se substituer à celle effectivement exploitée par le breveté.

Dans tous les cas, une entreprise ne doit pas limiter ses dépôts à quelques brevets isolés. C'est là que l'image de la mine est sans doute le plus utile. Selon cette analogie, le marché à défendre est assimilé à un terrain qui, s'il est vaste, ne saurait être valablement protégé par une seule bombe. Il faut en disposer plusieurs disséminées sur toute la surface du terrain. Et la distance les séparant doit être d'autant plus faible que la portée des bombes brevets est réduite. Or, les brevets de faible portée sont généralement les plus solides. Donc avec une densité suffisante de brevets dans un secteur économique donné, la société titulaire est à peu près certaine qu'un contrefacteur ne passera pas sans dommages sur son terrain. Ainsi se constitue-t-elle un portefeuille de brevets cohérent avec sa stratégie industrielle.

Pour atteindre cette cohérence, l'aspect lié aux pays de dépôt n'est pas à négliger. C'est ainsi qu'une même invention est déposée généralement dans les plus grands pays industrialisés, l'Europe donc, mais aussi les Etats-Unis et le Japon à tout le moins. Souvent aussi des pays représentant un marché non négligeable sont inclus tels que le Canada, l'Australie, l'Afrique du Sud, voire la Malaisie, Taïwan ... Ces différents brevets forment ce qu'il est convenu d'appeler une "famille de brevets". Le portefeuille d'une société est plutôt analysé en termes de familles. C'est entre autres le rôle de l'audit de propriété industrielle qui permet de vérifier si les différents brevets maintenus en vigueur au sein du portefeuille sont effectivement utiles à la défense du marché visé [MOUSSERON J.-M., 1985].

L'audit permet par ailleurs d'évaluer financièrement ce portefeuille. Par la synergie qui joue entre les différents brevets d'un même portefeuille, celui-ci peut en effet acquérir une valeur économique bien supérieure à la somme de leurs frais de dépôt, délivrance et maintien. Cette valeur est reportée à l'actif du bilan comptable. Elle peut par suite justifier une augmentation de capital ou l'obtention d'un prêt qui, apparaissant au passif du bilan, sont contrebalancés par le montant du portefeuille. Pour cette évaluation financière, chaque famille de brevets est analysée du point de vue de sa portée, sa durée restante, des pays couverts - c'est la règle des 3 T: technique, temps, territoire - de même que du point de vue des éventuelles dépendances de brevets en dehors du portefeuille. Cette évaluation est particulièrement importante en cas de cession d'une société. Elle est confiée à un auditeur le plus souvent extérieur à la société.

## 2 - Côté contrefacteur

### A - Obstruction à la constitution de preuves de contrefaçon

Parmi les stratégies auxquelles peut recourir un contrefacteur cherchant lui aussi à défendre son marché, la première consiste à mettre le breveté dans l'impossibilité de prouver ses agissements. Et il faut dire que, d'une manière générale, les contrefacteurs ne s'en privent pas. Ceux reliés aux réseaux du grand banditisme s'installent pour fabriquer tranquillement dans des pays lointains comme la Chine dont les gouvernements les protègent plus ou moins dans la mesure où ils participent à l'essor économique du pays en question. Les autres comptent avant tout sur la discrétion de leur activité. Or, la saisie-contrefaçon autorise une véritable perquisition chez le contrefacteur présumé. Il lui faut par suite un peu plus de doigté pour déjouer la fouille ainsi ordonnée. Voici les recommandations que Maître GAUTHIER, avocat spécialisé dans la propriété industrielle, donne en l'espèce:

- donner la consigne au personnel du saisi de se taire,
- ne pas coopérer avec les saisissants ou mieux faire semblant de coopérer en les envoyant sur de fausses pistes.

En effet il n'est pas possible de s'opposer à une saisie-contrefaçon. Le cas d'un contrefacteur qui utiliserait la force pour cela a d'ailleurs été prévu par le législateur puisque les saisissants ont le droit de se faire accompagner par un commissaire de police armé. Le contrefacteur a donc plus intérêt à profiter de l'encadrement strict que la loi admet pour cette procédure d'exception. En effet il existe plusieurs règles de forme qui, si elles ne sont pas respectées, rendent la saisie nulle:

- l'huissier qui signifie au présumé contrefacteur l'ordonnance de saisie, doit s'identifier, présenter les autres saisissants et remettre au saisi le procès-verbal de saisie avec copie de l'ordonnance,
- mais surtout l'assignation pour le procès en contrefaçon doit avoir lieu dans les quinze jours qui suivent la saisie.

Faire ressortir le non-respect de ces règles permet d'obtenir l'annulation de la saisie lors du procès en contrefaçon. Le breveté en est alors quitte pour refaire la saisie. Inutile de préciser que lorsqu'il reviendra, les preuves auront disparu de chez le contrefacteur.

Une autre mesure préventive consiste à garder systématiquement la comptabilité relative aux produits contrefaisants dans un lieu distinct de leur fabrication en veillant à ce que fabrication et comptabilité ne soient pas effectuées dans le ressort du même tribunal de grande instance. En effet si les saisissants ne trouvent pas tout ce qu'ils cherchent dans le premier endroit visité, ils doivent poursuivre la saisie ailleurs. Or, cela n'est possible rapidement que si la même ordonnance peut encore être employée pour la visite dans le second lieu. Sinon le breveté doit requérir une seconde ordonnance auprès d'un autre tribunal. Cela réclame du temps et il y a alors toutes les chances pour que le délai d'assignation sous quinzaine soit dépassé.

## **B - Manœuvres dilatoires au procès**

### a) Demande de sursis à statuer

Le contrefacteur présumé peut obtenir le sursis à statuer lorsque l'action est fondée sur une simple demande ou encore lorsque la voie parallèle européenne n'a pas encore débouché sur un brevet délivré. Il peut demander également le sursis lorsque le brevet délivré par la voie européenne est en cours d'opposition. Le plus souvent dans ce cas, c'est le contrefacteur lui-même qui a fait opposition. Mais dans ce cas, le juge n'est pas tenu de surseoir. En revanche, le sursis ne peut être refusé si l'action est fondée sur un certificat d'utilité, et cela jusqu'à ce que le rapport de recherche demandé à l'occasion du procès ait été émis. Pendant tout ce temps, le contrefacteur est à l'abri de tout risque d'interdiction provisoire. Il peut mettre à profit ce répit pour modifier ses fabrications et en lancer de nouvelles sur le marché échappant au titre de propriété qui lui est opposé.

### b) Retard à fournir les répliques

Parfois l'avocat du contrefacteur retarde volontairement l'envoi de ses conclusions au juge, prenant prétexte par exemple de son manque de temps. Cela peut être utile lorsque persiste l'espoir de mettre à jour une nouvelle antériorité destructrice de nouveauté ou d'activité inventive. Des recherches menées dans les collections de brevets japonais ou russes sont en effet assez souvent fructueuses de ce point de vue. Mais elles nécessitent des traductions gourmandes en temps. De même le contrefacteur cherchera alors à ralentir la procédure d'opposition qu'il a initiée auprès de l'OEB. Mais il peut au contraire demander l'accélération de la procédure d'opposition que l'OEB est tenue de lui accorder en raison du procès en cours. La manœuvre dilatoire au niveau du procès tend dans ce cas à obtenir la révocation du brevet par l'OEB avant le jour de l'audience devant le juge.

## **C - Moyens de forme et de fond**

Le contrefacteur dispose par ailleurs de plusieurs types de moyens capables de le faire triompher lors du procès. Des moyens de forme tout d'abord tels que

- la déchéance du brevet bien qu'il soit très rare que le breveté n'ait pas vérifié avoir effectivement payé la dernière annuité du brevet,
- le défaut de la qualité pour agir du demandeur: Des licenciés ou des cessionnaires négligents perdent parfois de vue qu'il leur faut être inscrits sur le Registre national des brevets comme nouveau titulaire des droits pour pouvoir assigner valablement le contrefacteur. Et tous les juges n'acceptent pas de reconnaître un demandeur inscrit ultérieurement à l'assignation,
- la mise en connaissance de cause des contrefacteurs se livrant à des actes secondaires de contrefaçon qui n'aurait pas été effectuée préalablement à l'assignation,
- la prescription triennale, ou encore
- la nullité de la saisie.

Des moyens de fond ensuite tels que:

- immunités quant aux actes ou aux personnes comme dans le cas de l'exception de possession antérieure qu'il convient alors de prouver valablement,
- l'épuisement du droit si le produit a été mis sur le marché de l'Union européenne par le breveté ou avec son accord,
- la nullité du brevet qui est un moyen pouvant être introduit seulement en appel, et
- la non-matérialité de la contrefaçon.

## **D - Transactions**

La stratégie de défense de son marché faisant appel à une transaction peut en fait être utilisée tant par le breveté que par le contrefacteur. Aller devant le juge présente certes un aléa pour l'un comme pour l'autre. Dans certains cas, cet aléa est sans conséquence sur le plan économique pour l'une des parties de sorte qu'elle se refusera à transiger (cf. à titre d'illustration le § II-3-E ci-après sur la déstabilisation). Mais lorsque le rapport de force breveté-contrefacteur est relativement équilibré, les parties sont enclines à négocier. Ainsi le breveté est-il sûr de garder son brevet, ce qui barre la route aux autres concurrents. Le contrefacteur écarte de lui le risque d'être condamné. Les très grosses sociétés font souvent appel pour cela aux instances d'arbitrage notamment de l'OMPI. Bien que l'arbitrage coûte très cher, elles y trouvent un avantage supplémentaire: la discrétion.

## II - STRATEGIES DE CONQUETE D'UN MARCHE

Compte tenu de l'esprit défensif dans lequel le droit des brevets a été développé au fil des siècles, le voir jouer un rôle pour conquérir des marchés paraît inattendu. Et d'une certaine manière, les stratégies dans ce sens peuvent être conçues comme des stratégies subversives, qui relèvent davantage d'une perversion du droit. La nomenclature de ces stratégies que dressent les lignes suivantes, suffira à convaincre qu'il s'agit effectivement d'une déviation de l'esprit initial au profit d'un comportement de prédateur pour les entreprises qui s'y livrent. Les exemples donnés de ces stratégies s'efforcent de mentionner une parade dans la mesure où la loi notamment en a prévu une. Bien que les cas correspondants aient été trouvés au fil du temps sans aucune idée préconçue, ils concourent à tenir aujourd'hui les entreprises américaines pour premières utilisatrices de ces stratégies.

### 1 - Espionnage industriel

La survenance d'actes d'espionnage industriel semble beaucoup plus forte qu'il n'y paraît. Très souvent en effet l'entreprise qui en est victime, soit ne s'en aperçoit pas ou n'a pas suffisamment de preuves pour l'établir, soit préfère rester discrète sur sa mésaventure. C'est ainsi que relativement peu de cas sont cités dans la littérature, la plupart des ouvrages faisant au demeurant référence aux mêmes cas. Par exemple, celui régulièrement évoqué de Monsieur LOPEZ qui quitte General Motors et livre des documents de son ancienne société à son nouvel employeur, Volkswagen [IHEDN, 2000]. D'ailleurs la publicité faite à ce cas vient probablement davantage du fait qu'il a été découvert grâce à Echelon, le système d'écoute électronique partagé par les Etats-Unis avec quelques-uns des pays dans leur sillage politico-économique [GUICHARDAZ P. et al., 1999]. La presse s'est faite l'écho également des affaires de la Société européenne de propulsion en 1987, de Texas Instruments en 1989, de la CRAM d'Ile-de-France en 1995 [AUER F., 1997] ou encore de TEMPERVILLE du CEA dans les années 1990.

Quoi qu'il en soit, cela donne peu d'indication sur le pain quotidien des entreprises en la matière. Et celles qui révèlent leur expérience sont peu crédibles. A ce propos Bristol-Myers Squibb, puissant groupe du secteur médical, a envoyé le 20 avril 2000 son responsable de la sécurité lors d'une journée consacrée à l'Intelligence économique organisée par l'Institut des hautes études de défense nationale (IHEDN) à l'Ecole militaire à Paris. Ce responsable, Frank G. MADSEN, ancien policier danois ayant également travaillé à Interpol à Paris, a été très fier d'annoncer que sa société était victime d'un véritable "assaut" de la part des services de renseignement gouvernementaux dont trois cas avérés d'espionnage entre 1991 et 2000. Et il a laissé entendre que le GRU russe pouvait être à leur origine. Mais ne serait-ce pas une façon pour faire de la publicité pour Bristol-Myers Squibb? Le cas de déstabilisation d'une société française par cette entreprise de droit américain qui sera décrit plus loin, peut en effet le faire penser (cf. § II-3-E).

Cependant les spécialistes en brevet rencontrent des cas d'espionnage industriel dans leur pratique. Il n'est pas rare en effet de découvrir une demande de brevet déposée par des tiers

sur un sujet qu'une société a cru garder secret dans ses cartons. Souvent c'est l'inventeur lui-même qui, mécontent de l'absence d'exploitation de son idée, va trouver la concurrence dans l'espoir d'obtenir des royalties. L'idée de l'invention est parfois aussi livrée par un fournisseur. Par exemple, la société VALOIS qui fabrique des pompes de vaporisateur, a souvent eu la désagréable surprise de trouver des demandes tierces reprenant des conceptions qu'elle venait d'exposer à son mouliste. Ces demandes avaient été déposées au nom de son principal concurrent, L'OREAL. Le fournisseur peut avoir été amené à trop parler dans l'enthousiasme de la discussion avec des représentants de L'OREAL. Il peut aussi s'être livré à un calcul visant à élargir son propre marché. Il en est de même des autres partenaires de l'entreprise amenés à avoir connaissance de l'invention avant le dépôt de la demande comme notamment des universitaires participant aux recherches.

C'est pourquoi, il est recommandé de déposer le plus tôt possible afin d'apparaître aux yeux de l'administration comme

*"réputé habilité à exercer le droit au brevet"*

selon la terminologie de l'article 60(3) CBE. Si des tiers sont tout de même parvenus à déposer auparavant, le droit sur les brevets prévoit une procédure de revendication de propriété selon l'article 61 CBE ou l'article L 611-8 du Code de la propriété intellectuelle français. Elle implique une décision de justice avec l'aléa correspondant. Ce dernier peut être réduit si la société véritablement à l'origine de l'invention a pris soin de faire signer un engagement au secret à tous les partenaires susceptibles de prendre connaissance de l'invention avant le dépôt et a fait figurer la mention "confidentiel" sur les documents qu'elle leur a transmis. A supposer toutefois que la revendication de propriété aboutisse, la société rétablie dans ses droits n'a pas toujours la possibilité de déposer une nouvelle demande, cela pour des raisons de délais à respecter. Elle hérite alors d'une demande ou d'un brevet qu'elle n'a pas fait rédiger elle-même et dont elle n'a pas suivi elle-même la procédure de délivrance. Parfois c'est donc un véritable cadeau empoisonné, le titre ayant une solidité sujette à caution ou une portée exagérément réduite.

Soustraction de l'invention à son véritable auteur demeurée ignorée, difficulté à prouver la véritable origine de l'invention, retard ou maladresse dans l'action visant à recouvrer les droits, toutes ces raisons font que l'espionnage industriel peut s'avérer payant. Les sociétés refusent le plus souvent de l'admettre. Elles ne veulent pas encore alourdir leurs frais généraux par des mesures de sécurité. Certaines de ces mesures cependant ne coûtent rien, comme la sensibilisation du personnel pour qu'il soit plus circonspect dans ses déclarations, qu'il conserve sous clé les documents confidentiels et soit prudent dans l'utilisation de l'informatique. Mais le blocage est plutôt dans les mentalités, la peur de passer pour paranoïaque notamment ...

## 2 - Désinformation

### A - Brevets leurres

L'espionnage industriel intervient avant la fabrication de l'arme brevet. La désinformation intervient quant à elle lors de la fabrication de l'arme brevet. Cette stratégie consiste à faire croire aux concurrents que le terrain du marché a été dûment piégé par des bombes brevets.

Cependant comme l'armée qui, selon l'opération "Fortitude" durant la seconde Guerre Mondiale, était censée débarquer dans le Pas-de-Calais sous le commandement du Général PATTON, ses chars d'assaut et ses avions sont en réalité en carton-pâte. Ce type de brevets, appelé "leurres", ne couvre en fait aucune invention. Mais, comme la procédure de délivrance en France ne prévoit pas d'examen au fond, les brevets leurres sont effectivement délivrés de sorte qu'ensuite, une action en justice est nécessaire pour les annuler.

Même si en principe, les concurrents pourront à terme passer outre ces brevets leurres, ils ne le savent pas d'entrée de jeu. Leur service de propriété industrielle doit les répertorier, en demander copie, les lire et les évaluer. Tout cela prend du temps. Pour certains marchés, par exemple dans la grande consommation, chaque jour d'exploitation supplémentaire dégage une marge non négligeable. Celle-ci peut justifier les quelques dizaines d'euros dépensés à déposer un brevet leurre, plutôt d'ailleurs sous forme de certificat d'utilité pour lequel le rapport de recherche n'est pas demandé et son coût donc épargné. Pour allonger encore la durée pendant laquelle le leurre fonctionne, le rédacteur du brevet peut avoir rendu obscure la description, ce qui est certes une cause supplémentaire de nullité du brevet. Mais qu'importe puisque tôt ou tard, il faudra bien abandonner ce titre sans valeur.

## **B - Piégeage des recherches de brevets dans les bases**

Certains rédacteurs vont même jusqu'à placer une fausse figure en regard du résumé de l'invention. Ce résumé est en effet utilisé pour sélectionner grâce à des mots-clés les brevets se rapportant à un sujet donné au sein des bases de données. C'est donc les premières indications que le chercheur voit sur le brevet sélectionné. Or, la figure du résumé, surtout dans le domaine de la mécanique, est capitale dans l'évaluation de l'invention. Beaucoup plus synthétique que le texte du résumé, la figure est souvent l'unique élément qui est regardé en commençant, cela avec le titre du brevet. Si la figure est fausse, le brevet peut soit être écarté à tort de la sélection, soit au contraire être retenu alors qu'il n'aurait pas dû l'être. De même il est possible de jouer sur les mots-clés du titre et du résumé afin de masquer le brevet ou au contraire le rendre à dessein plus visible lors d'une sélection à l'aide des bases de données.

Ce genre de stratégie ne marche en fait qu'une fois. Les concurrents qui auront perdu temps et énergie sur des brevets leurres, s'attendent à en trouver d'autres dans l'avenir émanant de la même société. Cette dernière a donc intérêt à s'abstenir d'en déposer de nouveaux afin de piéger une seconde fois ses concurrents, mais en sens inverse.

## **C - Dissimulation de la meilleure réalisation de l'invention**

Une autre stratégie de désinformation concernant les brevets vise à tenter de prolonger le monopole octroyé au-delà de la déchéance du brevet. La description de l'invention respecte alors les conditions de clarté et de suffisance requise par la loi, mais elle ne s'attache pas à rendre compte de la meilleure solution technique. Cela peut surtout être réalisé dans le cas d'une invention de procédé. Sitôt le produit sur le marché, il est en effet généralement possible de l'examiner pour voir comment il est constitué. En revanche le produit ne trahit pas toujours l'intégralité de son procédé de fabrication. Pourquoi donc en faire état dans la description du brevet? Le législateur américain a cependant prévu cette subversion et la loi sur les brevets de

ce pays contraint à la divulgation du "*best mode*", soit la meilleure réalisation de l'invention connue de l'inventeur, cela à peine du nullité du brevet pour dissimulation [BOUJU A., 1988].

## **D - Intoxication**

Enfin rien n'interdit d'imaginer un acteur du marché prenant des brevets sur une technologie uniquement dans le but de faire croire à ses concurrents qu'il s'apprête à exploiter cette technologie. Le but poursuivi est que la concurrence se lance dans des recherches effrénées sur cette technologie, gaspillant temps et argent, de sorte que cette concurrence s'affaiblisse durablement. Ce type d'intoxication est à rapprocher de celle mise en place avec succès par les services secrets occidentaux dans le but de faire croire aux Russes à l'intérêt de l'osmium 187. Elle avait consisté à simuler des recherches secrètes sur ce produit [GUYAUX J., 2002]. A l'échelle d'une entreprise, la manœuvre peut sembler toutefois trop coûteuse, sauf cas d'espèce.

## 3 - Manœuvres diverses

L'arme brevet fabriquée, son emploi dans la conquête des marchés peut être l'occasion de manœuvres.

### **A - Barrage**

Il s'agit là d'empêcher l'accès d'une technologie à la concurrence. La stratégie correspondante consiste à couvrir le terrain du marché associé avec des bombes brevets. Quelques-uns peuvent être effectivement exploités par le breveté tandis que les autres protègent des variantes qui auraient pu être imaginées par des tiers afin de contourner les quelques brevets exploités. D'autres fois, aucun des brevets pris n'est exploité. L'exploitation effective se rapporte à une autre technologie et les brevets défensifs ainsi accumulés visent à geler une technologie de substitution. Il semblerait qu'une telle pratique soit mise en œuvre par certains pétroliers afin de geler les techniques relatives à la combustion de l'hydrogène qui permettraient le développement de voitures propres [APPERT O. et al., 2001].

Deux américains, Messieurs KATZ et LEMELSON, se livrent chacun de leur côté à ces dépôts de "barrage" dans le domaine de l'électronique. Ils s'approprient ainsi toutes sortes d'applications avant même d'avoir recherché vraiment les détails de leur réalisation. Le secteur de la téléphonie mobile notamment se prête à cette réservation précoce dans la mesure où il est toujours possible de trouver une solution de mise en oeuvre pratique par la suite. C'est aussi le cas du secteur de la reconnaissance de formes. Cela assure aux deux pseudo-inventeurs en question d'être les premiers à déposer. Ils prennent par ailleurs soin de faire rédiger leur demande de brevet de façon dissuasive pour les offices de brevets de les étudier à fond, y incluant par exemple jusqu'à 150 revendications. Ces demandes ne passent pas l'examen en Europe, mais ils sont accordés aux Etats-Unis. Dès lors, les brevetés se font connaître des sociétés désireuses d'exploiter ces applications sur le territoire américain pour

leur soutirer des royalties. Monsieur KATZ aurait déjà gagné 150 millions de dollars en concluant des accords de licence secrets avec diverses sociétés, la plupart américaines au demeurant.

Dans les deux derniers cas qui viennent d'être évoqués, il est possible de reconnaître un abus de droit qui, selon l'article 5 de la Convention d'Union de Paris (CUP), doit être sanctionné par l'attribution d'une licence obligatoire ou la déchéance du brevet non exploité. Tant la France que les Etats-Unis sont parties à la CUP. Cependant, la licence obligatoire ne peut être demandée en justice qu'après un délai de quatre ans à compter du dépôt du brevet ou de trois ans à compter de sa délivrance. Et le breveté peut fournir des excuses légitimes à son absence d'exploitation. L'article 5 CUP est en vérité un compromis entre les intérêts en présence qui n'est guère satisfaisant.

## **B - Encerclement**

L'analogie militaire présentée à la fin du chapitre précédent trouve sans doute dans ce cas sa plus belle application. Comme dans la stratégie qui a prévalu jusqu'à Napoléon et qui consistait à déborder les rangs ennemis par ses flancs, puis à l'envelopper [BEAUFFRE A., 1998], le brevet de base du concurrent doit à terme se trouver encerclé de brevets de perfectionnement. Le titulaire du brevet de base perd ainsi toute liberté d'action. En effet il ne peut plus exploiter son brevet de base sans la licence de l'un ou l'autre des brevets de perfectionnement, ceux-ci apportant un avantage que le marché réclame. La réponse du titulaire du brevet de base à cette stratégie d'encerclement consiste souvent à s'abstenir d'exploiter tout en refusant de concéder des licences. Depuis la loi de 1968, le titulaire du brevet de perfectionnement peut cependant déposer une requête au tribunal de grande instance afin d'obtenir une licence non exclusive du brevet de base.

## **C - Sous-marin**

Il n'est pas rare de voir un concurrent racheter une société rien que pour acquérir ses brevets ou ses licences. C'est ce soupçon qui pèse notamment à l'encontre du fonds d'investissement américain Texas Pacific Group (TPG) en relation avec les brevets sur la carte à mémoire évoqués précédemment. D'après le quotidien *Le Monde* qui consacre une page entière à Gemplus dans son numéro du 5 novembre 2002, depuis les brevets de Roland MORENO actuellement tombés dans le domaine public, Gemplus a en effet pris plus de 500 brevets en deux ans. Or, Gemplus est une exception dans la stratégie d'investissement de TPG, et cela à deux titres:

- alors que TPG ne rachète que des entreprises en déclin, ce n'était pas le cas de Gemplus lorsque TPG y a investi,
- tandis que le retour sur investissement qu'obtient TPG est d'ordinaire supérieur à 40 %, les 26 % de parts de Gemplus payés 550 millions de dollars, n'en valent plus que 117 millions fin 2002.

Le journal développe ensuite tous les atouts des cartes Gemplus: importance du marché acquis, perspectives très prometteuses et surtout entrave à la volonté américaine de garder la suprématie mondiale sur tout ce qui touche à l'information. Il signale pour finir que, même si ces arguments sont insuffisants pour reconnaître dans cette situation une intention maligne des

Etats-Unis, les pouvoirs publics français s'alarment du risque de voir partir à l'étranger une technologie stratégique.

## **D - Ententes**

Des pools d'entreprises passent parfois entre elles des accords de licence croisée. Elles s'entendent ainsi pour s'autoriser mutuellement l'accès à un marché dont l'accès se trouve par suite interdit à toutes entreprises non-membres du pool. Les contrats de concession de brevets s'effectuent en fait sous seing privé et rien n'oblige à l'inscription du licencié au Registre national des brevets. Cela permet de garder l'entente relativement secrète de sorte qu'elle échappe à la législation anti-monopole. Il semblerait que cette pratique ait été employée au Japon dans les domaines de l'électronique et de l'optique.

## **E - Déstabilisation**

La phase d'explosion de la bombe brevet, qui correspond au procès en contrefaçon, peut être l'occasion de porter un coup décisif à une société, et cela indépendamment de la valeur du brevet utilisé. C'est ce qu'est parvenu à réaliser le groupe Bristol-Myers Squibb à l'encontre d'une PME française, les Laboratoires Biotrol. Ces derniers, créés au sortir de la guerre, concevaient, fabriquaient et commercialisaient des poches de recueil pour stomisés, c'est-à-dire des patients ayant subi une opération chirurgicale visant à la création d'un anus artificiel. Leader sur le marché français où ils jouissaient d'une excellente réputation, la part du marché international des Laboratoires Biotrol était cependant négligeable par rapport à celle du leader mondial, Convatec, filiale de Bristol-Myers Squibb. Or, Convatec avait été la première société à mettre sur le marché une poche constituée de deux éléments, d'un côté un patin adapté à adhérer à la peau autour de l'anus artificiel, de l'autre un réceptacle adapté à être solidarisé de façon étanche au patin. Ce type de poche a le gros avantage d'autoriser le changement quotidien du réceptacle qui recueille les matières sans pour autant avoir à décoller le patin, ce qui endolorit la peau.

Cette poche souffrait tout de même d'un inconvénient: le risque que le réceptacle ne se désolidarise du patin de façon intempestive. Et voilà que pratiquement en même temps, les chercheurs de Convatec et ceux de Biotrol proposent une bague de serrage à came pour verrouiller le réceptacle au patin:

- Convatec, alors appelée Craig, dépose une demande européenne sous priorité des 31 juillet et 13 août 1986. Elle est publiée le 3 février 1988 et délivrée sous le numéro EP 0 255 310,
- Biotrol dépose une demande française le 10 avril 1987 qui est délivrée sous le numéro FR 2 613 613.

Puis les Laboratoires Biotrol commencent à exploiter la poche munie de la bague de serrage.

Le 15 mai 1990, Squibb assigne Biotrol en contrefaçon. Les laboratoires français ont beau plaider l'invalidité du brevet EP 0 255 310 de Squibb, le Tribunal de Grande Instance (TGI) de Paris condamne Biotrol. Il va même jusqu'à annuler son brevet FR 2 613 613 pour défaut de nouveauté. Cela est absurde dans la mesure où le brevet EP 0 255 310 est reconnu valide et que celui-ci n'est pas encore publié lors du dépôt de la demande française, excluant donc la

possibilité d'une copie de la part de Biotrol. Cela prouve bien que les juges de première instance maîtrisent mal le droit des brevets.

En fait le Président des Laboratoires Biotrol a fait cesser toute fabrication de la poche à bague dès l'assignation. Un conseil en brevets lui a fait peur en lui parlant de la possibilité théorique d'une condamnation à l'interdiction provisoire. Le Président décide de développer en catastrophe une autre poche en deux éléments avec un autre système de verrouillage afin de ne pas perdre le marché. Il fait pression sur le chercheur qu'il considère comme ayant copié. Il se fâche avec le cabinet de propriété industrielle qui a rédigé sa demande, l'accusant de lui avoir caché qu'elle était dans la dépendance du titre de Squibb. Du coup toute confiance disparaît au sein de l'entreprise. Car le marketing n'apprécie pas non plus de devoir changer ses arguments de vente en si peu de temps, et cela d'autant moins que le nouveau produit qui est finalement mis au point, est moins performant et a un prix de revient supérieur.

En parallèle Biotrol fait tout de même opposition au brevet EP 0 255 310 et fait appel de la décision du TGI. Bien que maintenu par la Division d'opposition de l'OEB, le brevet de Squibb est révoqué par la Chambre de recours de l'OEB le 9 septembre 1994 pour défaut d'activité inventive au regard d'un certificat japonais trouvé par l'opposante sur un raccord de machine à laver comprenant la même bague de verrouillage à came. Il s'ensuit que l'arrêt de la Cour d'Appel (CA) de Paris du 30 septembre 1995 constate que, la révocation s'imposant au juge français, le brevet n'a jamais eu d'effet. Il ne saurait par suite y avoir eu contrefaçon. La CA maintient par ailleurs le brevet FR 2 613 613 de Biotrol, aucune antériorité destructrice de nouveauté ou d'activité inventive n'ayant été soumise au juge.

Finalement, Bristol-Myers Squibb est donc débouté. Certes il perd son brevet dans l'affaire, mais il a gardé son marché. Cela il le doit avant tout aux effets psychologiques que son assignation a produit sur le Président des Laboratoires Biotrol. Ce dernier, mal averti des brevets, n'a pas eu l'aplomb de maintenir sa production en dépit du procès. Certes il pouvait s'attendre à tout de la part des premières instances tant de l'OEB que des juridictions françaises. Mais il devait garder confiance dans les secondes instances. D'une part, celles-ci maîtrisent la complexité du droit des brevets et d'autre part, elles passent beaucoup plus de temps sur les dossiers à la recherche de la vérité. Il ne leur a pas échappé que Biotrol n'avait nullement copié Squibb et que Squibb, bien que n'exploitant pas en France, avait toujours refusé de concéder une licence à Biotrol. Le but de Squibb était bien de faire disparaître un concurrent en plein essor sur son segment de marché.

#### 4 - Influence

Pour garder la chronologie de la vie de l'arme brevet, il aurait fallu évoquer les pratiques d'influence en commençant le sujet des stratégies offensives. L'influence joue en effet au niveau de l'adoption des lois, donc en amont même de la fabrication de l'arme par le dépôt de la demande de brevet. L'influence est à la vérité abordée en dernier ici parce qu'elle met en cause l'avenir du système des brevets dans le monde. Cela vaut dans deux secteurs qui représentent un enjeu majeur de l'économie de demain: les logiciels et la biotechnologie. Là encore le rôle des Etats-Unis est prépondérant.

## A - Logiciels

A l'heure actuelle, les logiciels sont presque partout. Ils remplacent dans les machines les différentes pièces qui permettaient de réaliser telle ou telle fonction de façon purement mécanique, voire à l'aide d'électronique. C'est le programme qui s'en charge grâce à la série d'instructions qu'il adresse au processeur afin de traiter les données. L'essor de ce secteur est à l'image de la loi de Moore qui veut que, tous les 18 mois, les performances doublent à prix égal. Le marché des logiciels devient par suite crucial. Cependant, si par exemple un router informatique a la même fonction d'un disjoncteur électronique, tous deux ne se rentabilisent pas de la même façon. Tout l'effort est à fournir lors de sa conception. Par la suite, il n'y a plus ni matière première à payer, ni usinage ou montage à effectuer selon un savoir-faire précis, ni même, avec la transmission par Internet, de transport à assurer selon une logistique et des réseaux de distribution développés au fil du temps. Le logiciel peut donc échapper dès le début à son concepteur qui se trouve ainsi privé de tout retour sur investissement.

Au démarrage en France, l'algorithme a été conçu comme relevant du domaine des idées. Selon l'adage tiré de l'œuvre de Sénèque

*"Les idées sont de libre parcours",*

l'algorithme est par suite en principe laissé au domaine public. Toutefois il a été admis que la forme de sa transcription en un langage informatique peut être protégée au titre du droit d'auteur (loi du 11 mars 1957). Déjà sous l'impulsion des Etats-Unis qui ont adopté dès 1976 une conception économique du copy right, a été votée la loi française du 3 juillet 1985 qui font des logiciels une catégorie particulière dérogeant au droit commun du droit d'auteur. A condition d'être original, le logiciel appartient pour une durée de 25 ans à l'employeur du salarié qui l'a mis au point. Bien que se rapprochant ainsi du droit des brevets notamment par la durée plus réduite qu'en droit d'auteur, l'insuffisance de cette protection a continué à être pointée du doigt par les concepteurs de logiciels. Il suffit en effet d'apporter des modifications de forme au programme pour échapper à la contrefaçon selon cette loi de 1985.

Pendant ce temps les Américains accordent le premier brevet de logiciel en 1981. Et son caractère "utile", donc brevetable, est reconnu pour un procédé de vulcanisation de caoutchouc piloté par un ordinateur dans l'affaire Diamond/Diehr par la Cour Suprême des Etats-Unis [JOLY P., 1987]. Malgré l'absence de classes de brevets sur les logiciels – ce qui rend incertaines les recherches d'antériorités - des demandes de brevet de logiciels sont par suite déposées à l'OEB. Celui-ci ne veut pas que l'Europe soit désavantagée et essaye de trouver un biais pour délivrer des brevets sur des logiciels en dépit de leur exclusion selon l'article 52(c) CBE. L'OEB commence par rechercher dans les demandes si un "effet technique" est présent, c'est-à-dire si l'invention résout bien un problème technique et si elle aboutit à modifier quelque chose de concret. Puis l'OEB en arrive à ouvrir totalement la porte aux logiciels en admettant que, puisqu'ils sont mis en œuvre par des ordinateurs et que les ordinateurs sont techniques, il suffit de rechercher en fait uniquement si l'application du logiciel est brevetable. C'est ainsi qu'en 2001, plus de 20 000 brevets ont été délivrés par l'OEB sur des logiciels.

En même temps l'industrie européenne fait pression en faveur d'une révision de la Convention de Munich. La présence de l'exclusion à l'article 52(c) CBE rend en effet la validité des brevets délivrés douteuse. THALES est parmi les premières sociétés françaises en faveur du brevet de logiciel. La Commission européenne, saisie par les lobbystes, rechigne toutefois à tout modifier par crainte d'effets inattendus. Le Directeur de l'INPI, Daniel HANGARD, ne prédit-il pas début 2001 que si l'OEB accepte de breveter tous les logiciels, il sera si débordé qu'il devra renoncer à pratiquer l'examen au fond. Selon lui, alors, il appartiendra aux parties

de soumettre au juge la question de la validité des brevets à chaque fois qu'il y aura matière à litige.

En octobre 2000, la Commission obtient 1 447 réponses à sa consultation par Internet des milieux intéressés. Le rapport de mars 2001 analyse ces avis comme mitigés. Il existe en effet une forte opposition à la brevetabilité des logiciels. Notamment l'Alliance Eurolinux est en faveur des logiciels libres. Elle pense que sinon, il ne sera plus possible de procéder à aucun développement sans tomber sous le coup d'un brevet. L'UNESCO et la Free Software Foundation sont également contre ainsi que des hommes politiques de gauche tel que Noël MAMERE et Jean-Pierre CHEVENEMENT. L'Association pour la promotion et la recherche en informatique libre (APRIL) rappelle qu'en reconnaissant le brevet de logiciel, il y a le risque d'ouvrir la boîte de Pandore à toutes les créations immatérielles ayant valeur économique.

Le 20 février 2002, la Commission finit par accoucher d'une proposition de directive qui prétend avoir atteint un juste équilibre entre les deux aspects du brevet que sont, d'un côté, une incitation à l'innovation par la perspective d'une récompense et, d'un autre, le frein à la concurrence qu'entraîne l'octroi de monopoles. Cependant la proposition ne permet pas de sortir de l'incertitude [Commission des Communautés européennes, 2002]. Elle restreint la brevetabilité des logiciels à ceux qui apportent « *une contribution technique* », sans que cette notion ne soit explicitée de façon claire.

L'incertitude qui continue donc de peser actuellement sur la validité des brevets de logiciels, désavantage les PME/PMI. Leur sacrifice financier pour avoir un brevet n'est pas en rapport avec la protection obtenue. De même, pour elles, s'aventurer dans un procès sans suffisamment de garanties pour le gagner n'est pas raisonnable. Par suite paraît pertinent l'avis des auteurs d'un ouvrage en faveur du logiciel libre rapporté dans un article de Philippe RIVIERE paru dans *Le Monde diplomatique* en mars 1999:

*"Plus que dans toute industrie [...] les brevets sur les logiciels permettent de rayer du marché une entreprise en l'attaquant en contrefaçon. Il s'agit d'une arme offensive, utilisée pour miner le terrain de la concurrence, et son coût fait que seules les plus grandes sociétés (IBM, Apple, Sun, Microsoft, etc.) sont en mesure d'en déposer."*

Mais faut-il pour autant jeter le bébé avec l'eau du bain?

## **B - Biotechnologie**

A côté de l'informatique, la biotechnologie est l'autre domaine qui changera à terme radicalement la vie des individus sur la planète. Ce domaine commence à peine à émerger et déjà la bataille pour s'assurer des meilleures places dans l'avenir est rude. La possibilité de prendre des brevets sur le vivant fait partie intégrante de cette bataille, car la recherche en biotechnologie nécessite des investissements considérables. Cependant le vivant, par son caractère animé et sa faculté de se reproduire, pose un problème d'ordre éthique vis-à-vis de son appropriation par brevet. Une fois encore, ce sont les États-Unis qui, les premiers, ont décidé de passer outre en délivrant en 1980 le fameux brevet CHAKRABARTY sur une bactérie génétiquement modifiée pour détruire les hydrocarbures. La Cour Suprême avait alors énoncé:

*"La matière vivante, dans la mesure où elle doit son existence à la seule intervention de l'homme, est brevetable"*.

A partir de là, les États-Unis sont montés dans l'ordre du vivant en acceptant d'examiner des

demandes sur une huître, puis sur des souris.

L'OEB n'a pas tardé à s'aligner en délivrant un brevet également sur une souris, cela en dépit des manifestations organisées jusque sous ses fenêtres par les Ecologistes. De même Greenpeace n'est pas parvenu à empêcher la délivrance du brevet LUBRIZOL sur une plante modifiée génétiquement afin de la rendre plus résistante aux herbicides. En parallèle, le GATT qui en 1993 ne reconnaît pas encore de façon spécifique la brevetabilité des plantes et des animaux, commence à évoluer. L'Accord sur les droits de propriété intellectuelle (ADPIC) que comporte le successeur du GATT, à savoir le Traité de Marrakech créant en 1994 l'OMC, est étendu aux espèces animales et végétales génétiquement manipulées. Les négociations qui ont lieu au Qatar à partir du 9 novembre 2001, visent enfin à inclure dans les Accords ADPIC les processus biologiques et les parties du corps humain. Cela a cependant été vivement combattu par des organisations comme ATTAC ou SUD.

C'est dans ce contexte politisé à l'extrême qu'est très laborieusement élaborée la Directive européenne enfin votée le 6 juillet 1998. Elle est en effet le résultat de dix ans de négociations formalisées dans des propositions de loi régulièrement soumises à l'approbation du Parlement européen. Le texte finalement adopté cherche un compromis en rappelant tout d'abord que la commercialisation des éléments du corps humain, le clonage, la modification de l'identité génétique et l'utilisation commerciale des embryons sont interdits. Mais il prévoit dans le deuxième alinéa de son article 5 que

*"un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel."*

Cela n'empêche pas l'OEB de délivrer à l'Université d'Edimbourg en mars 2000 un brevet sur la création d'embryons humains. En même temps, des spécialistes de la génétique, le professeur Jean-François MATTEI et le docteur Wolfgang WODARG lancent une pétition sur Internet en avril 2000 contre la brevetabilité des gènes selon eux habilement induite par la Directive. D'après le quotidien *Le Monde*, elle compte déjà 4 000 signatures vers la fin mai 2000. Ce chiffre sera doublé quelques mois plus tard. D'autres spécialistes, tel le professeur Philippe FROGUEL du CNRS de Lille sont en faveur de la Directive, estimant qu'il ne faut pas confondre la découverte d'un gène et la découverte de son rôle en pathologie ou de son utilisation à des fins thérapeutiques.

Le 7 juin 2000, Elisabeth GUIGOU, alors garde des Sceaux et ministre de la justice, déclare devant l'Assemblée nationale que la Directive est incompatible avec les lois françaises dont la loi sur la bioéthique du 29 juillet 1994 prévoyant dans son article 7 le respect du corps humain. La Directive, qui aurait dû être transposée dans le droit français avant le 30 juillet 2000, ne l'est toujours pas fin 2002. A cette date, seuls six Etats ont transposé la Directive. En mai 2002, le Groupe d'éthique européen (GEE), présidé par Noëlle LENOIR, se dit favorable à la brevetabilité des cellules souches humaines au regard de la Directive. Le GEE tente de concilier les défenseurs des intérêts biotechnologiques et ceux qui redoutent que les brevets sur les cellules embryonnaires n'ouvrent la porte à la commercialisation du corps humain. Il autorise le brevet si l'invention correspondante débouche sur un usage thérapeutique ou une application industrielle.

En fait, comme le rappelle Michel OBORNE, responsable du programme "Prospective" de l'OCDE, le brevet dans le domaine du vivant est un élément de puissance industrielle, voire de sécurité nationale. Cela explique le niveau jamais atteint jusque-là dans les polémiques suscitées par ce sujet.

## CONCLUSION

L'étude des stratégies effectivement mises en oeuvre par les acteurs économiques montre que l'analogie entre un brevet et une arme utile à défendre ou conquérir un marché est pertinente. Un chef d'entreprise, plutôt que d'approfondir le droit des brevets, peut par suite l'utiliser pour imaginer des solutions dans la conduite de ses affaires. En fait tout se passe comme si, en déposant des brevets, il se constituait un arsenal, puis en déclenchant des procès en contrefaçon ou en les subissant, il menait ses batailles à l'aide de cet arsenal. Et celui qui emporte la guerre, est comme dans la guerre militaire, celui qui a la suprématie des armes et l'habileté stratégique. La conséquence est que le gagnant est celui qui a le plus de moyens. Moyens de recherche pour avoir des brevets solides, moyens de financement pour rétribuer des spécialistes brevets qui écrivent des textes de brevet de portée large et des avocats qui mettent en forme les arguments avancés lors des procès en contrefaçon, moyens de production et de vente pour ne pas être affecté durement par une condamnation en contrefaçon. En d'autres termes, le brevet est une arme de riches qui profite aux riches.

Cette constatation n'est que la conséquence de la nature même du droit de brevet. C'est un droit de propriété, ou si l'on veut, un droit capitaliste. Son développement historique le montre bien. Il fonctionne par l'espoir des gains qui seront tirés du monopole octroyé par le brevet. Il est donc normal que des courants politiques de gauche s'y opposent comme cela apparaît bien dans les débats de société autour des brevets de logiciels et sur le vivant. D'ailleurs, les pays les plus pauvres de la planète reconnaissent beaucoup moins de force aux brevets. Surtout si ces derniers appartiennent à des étrangers, les juridictions de ces pays n'hésitent pas à traiter avec bienveillance des autochtones contrefacteurs. Maître MATHÉLY pense toutefois que l'homme est ainsi fait qu'il a besoin de l'espoir de gain entretenu par le brevet pour s'engager dans des recherches longues et coûteuses et faire ainsi progresser les connaissances. Et il est vrai que les brevets sont une source d'informations techniques irremplaçable.

Donc remettre en cause un système qui a jusqu'ici apporté tant d'avancées techniques et par là contribué à améliorer le confort de l'humanité serait sans aucun doute d'une totale irresponsabilité. Il faut au contraire prendre acte de la nature capitaliste du brevet et reconnaître que ceux qui en tirent le meilleur parti sont les Etats-Unis, soit les champions du capitalisme. Le brevet correspond parfaitement à leur choix d'une économie fondée sur l'idée que tout coûte et qu'il convient par suite de veiller à ce que tout rapporte. Il est très probable que cette mentalité soit liée au protestantisme qui ne voit pas dans la monétisation des échanges quelque chose de diabolique comme le catholicisme a tendance à le faire. Quoi qu'il en soit, un échange commercial a le mérite d'être plus contrôlable qu'un échange informel. Il nécessite en effet au moins une facture, si ce n'est un contrat. Il laisse donc une trace qui autorise ensuite une régulation au cas où il y aurait abus. La chute du mur de Berlin consacre bien d'ailleurs l'efficacité meilleure de ce système.

Donc s'il faut garder les brevets et aller dans le sens du capitalisme, la conséquence à tirer pour mettre l'Europe en meilleure position dans la guerre des brevets est évidente. Napoléon le disait: pour gagner la guerre, il faut en imposer le rythme. Or, aujourd'hui, ce sont les Etats-Unis qui imposent leur rythme. Les exemples passés en revue dans les stratégies offensives mettent tous en évidence ce point. Ce sont des Américains qui déposent des brevets de barrage. C'est un fonds d'investissement américain qui est en passe de s'approprier les brevets

d'origine française sur la carte à mémoire. C'est un groupe américain qui a déstabilisé une PME française. C'est la jurisprudence de la Cour Suprême américaine qui a ouvert la voie aux brevets de logiciels et sur le vivant. Tant que l'Europe aura une attitude de simple suiveur dans cette guerre, elle la perdra.

Or, la tendance va hélas bien dans ce sens. Le rapport LOMBARD établit que 85 % des brevets mondiaux émanent des seuls blocs économiques suivants: les Etats-Unis, le Japon et l'Europe [LOMBARD D., 1998]. Les performances de ce dernier bloc apparaissent comme faibles par rapport à celles des deux autres, dit le rapport. Etats-Unis et Japon déposent ensemble environ la moitié des demandes de brevet européen, alors que les Etats adhérant à la Convention de Munich ne représentent que 4 % des demandes au Japon et 16 % des demandes aux Etats-Unis. Et cette tendance de forts dépôts américains et japonais en Europe va en s'accroissant. Cela est sans doute le plus alarmant de tout, car les dépôts d'origine européenne stagnent dans les deux autres blocs, ce qui n'est pas le cas du Japon dont les dépôts progressent aux Etats-Unis. Donc si le Japon est parvenu à s'adapter à l'impulsion américaine, ce n'est pas encore le cas de l'Europe.

Que faire pour ramener l'Europe à un niveau comparable à celui des Etats-Unis? Tout d'abord il faut bien comprendre que les Etats-Unis, avec le pragmatisme qui les caractérise, ne cherchent pas à distancer l'Europe. L'histoire leur a en effet enseigné que, lorsque les choses vont mal sur le vieux continent, ils ne tardent pas à devoir en faire les frais. Ce fut le cas lors des deux dernières Guerres mondiales. Et c'est bien la dépression sans précédent qu'a connue l'Europe dans les années 1930 qui a fait le lit de la seconde Guerre Mondiale. Il s'ensuit que l'Europe a sa destinée dans ses mains et qu'elle pourra améliorer son économie peut-être même avec l'aide des Américains. Pourquoi donc ne pas songer en matière de brevets à une sorte de Plan Marshal? Les brevets étant une arme de riches, il faut bien commencer par investir pour créer la richesse propice au développement de cette arme économique.

Cela dit l'argent à mettre sur la table pour relancer le brevet en Europe peut venir de sources autres que des fonds américains. Une sorte de banque européenne des brevets est envisageable par exemple. Sur le modèle de la Banque Mondiale, qui est effectivement issue du Plan Marshal, elle aurait pour mission de prêter aux entreprises, et notamment aux PME/PMI, afin de les aider à déposer des demandes et à financer des procès. En contrepartie, les entreprises lui verseraient des royalties. La banque aurait des services spécialisés dans les brevets et dans l'innovation technique afin d'être en mesure de bien évaluer les projets prometteurs méritant un prêt. C'est sur ce modèle que fonctionne déjà l'Agence pour l'innovation (ANVAR). Seulement il s'agit d'un organisme de l'Etat français, d'une part, et il n'aide que la phase de dépôt, d'autre part, au demeurant par une subvention et non un prêt. Conçue à l'échelle européenne, la banque européenne des brevets aurait à n'en pas douter une autre puissance de financement. Mais surtout, aidant les PME/PMI également au niveau des litiges, elle rendrait leurs brevets crédibles en tant qu'arme de défense ou de conquête des marchés.

## TABLES DES MATIERES

REMERCIEMENTS .....	1
INTRODUCTION .....	2
<b>Chapitre 1 - Historique</b> .....	<b>4</b>
I - Venise .....	5
II.- L'Angleterre .....	6
III - Période des lois nationales .....	7
IV - Période du droit unioniste .....	9
<b>Chapitre 2 - Approche théorique</b> .....	<b>11</b>
I - Fabrication et maintien de l'arme brevet .....	12
1 - Textes en vigueur en France .....	12
2 - Critères de brevetabilité selon la CBE .....	13
3 - Procédure .....	15
A - Dépôt de la demande .....	15
B - Phase confidentielle de la procédure de délivrance .....	16
C - Phase publique jusqu'à délivrance .....	16
D - Phase ultérieure à la délivrance .....	17
II - Protection offerte par l'arme brevet .....	19
1 - Nature du droit de brevet .....	19
2 - Objet du droit de brevet/Invention protégée .....	20
A - La copie servile .....	21
B - Les différences secondaires .....	21
C - La théorie des équivalents .....	21
D - Les inventions de procédé .....	22
E - Dépendance et perfectionnement .....	23
3- Contenu du droit de brevet/Marché protégé .....	23
A - Les actes secondaires de contrefaçon .....	24
B - Les actes primaires de contrefaçon .....	24
C - La fourniture de moyens .....	25
D - Tiers immunisés .....	26
III - Comment joue l'arme brevet .....	27
1 - Procès en contrefaçon .....	27
A - Assignation par le breveté .....	27
B - Demande reconventionnelle en annulation par le contrefacteur présumé .....	28
2 - Les sanctions de la contrefaçon .....	29
A - Dommages et intérêts .....	29
a) choix de l'assiette de calcul .....	29
b) calcul des ventes qu'aurait pu réaliser le breveté .....	29
c) évaluation du manque à gagner pour le breveté .....	30
B - Interdiction .....	30
a) l'interdiction provisoire .....	30
b) l'interdiction sous astreinte .....	31
C - Autres sanctions .....	31
a) la confiscation des objets contrefaisants .....	31
b) la publication du jugement .....	32
3 - Nature de l'arme brevet .....	32

Chapitre 3 - Stratégies de mise en œuvre des brevets.....	34
I - Stratégies de défense d'un marché .....	35
1 - Côté breveté.....	35
A - Le dépôt de brevets.....	35
B - La concession de licences.....	36
C - Le procès en contrefaçon .....	37
D - La constitution d'un portefeuille.....	38
2 - Côté contrefacteur .....	39
A - Obstruction à la constitution de preuves de contrefaçon.....	39
B - Manœuvres dilatoires au procès .....	40
a) Demande de sursis à statuer .....	40
b) Retard à fournir les répliques .....	40
C - Moyens de forme et de fond .....	40
D - Transactions .....	41
II - Stratégies de conquête d'un marché.....	42
1 - Espionnage industriel .....	42
2 - Désinformation.....	43
A - Brevets leurres .....	43
B - Piégeage des recherches de brevets dans les bases.....	44
C - Dissimulation de la meilleure réalisation de l'invention.....	44
D - Intoxication.....	45
3 - Manœuvres diverses .....	45
A - Barrage .....	45
B - Encerclement .....	46
C - Sous-marin.....	46
D - Ententes .....	47
E - Déstabilisation .....	47
4 - Influence.....	48
A - Logiciels .....	49
B - Biotechnologie.....	50
CONCLUSION .....	52
TABLES DES MATIERES .....	54
BIBLIOGRAPHIE .....	56

## BIBLIOGRAPHIE

ALLAIN-DUPRE Patrice, DUHARD Nathalie, *Les armes secrètes de la décision. La gestion au service de la performance économique*, Paris : Gualino éditeur, 1997.

APPERT Olivier, BAUQUIS Pierre-René, MANDIL Claude, *Perspectives de l'économie pétrolière*, rencontre à France-Amériques du 2 avril 2001.

AUER François, *Comment se protéger de l'espionnage, de la malveillance et de l'intelligence économique*, Condé-sur-Noireau : Secret Consulting, 1997.

BEAUFFRE André, *Introduction à la stratégie. Avant-propos de Thierry de Montbrial*, Réédition à Paris : Hachette Littératures, 1998.

BIROLI Bruno, « La guerre des brevets », *L'OBS Economie*, 12-18 mars 1992, p. 64.

BOUJU André, *Le Brevet américain: Protéger et valoriser l'innovation aux Etats-Unis*, Paris: Editions Juridiques Associées, février 1988.

*Code de la Propriété intellectuelle. Partie législative*, Paris: Direction des journaux officiels, décembre 1992.

Commission des Communautés européennes, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur*, Bruxelles, le 20 février 2002.

Commission européenne, « Des propositions précises pour une meilleure protection des brevets européens », *CORDIS FOCUS*, Luxembourg, 4 nov. 2002, n° 208, p. 18.

Commission d'Information pour l'Entreprise de l'AAAF (Association aéronautique et astronautique de France), *6ème Forum Intelligence économique*, Menton, 25-27 septembre 2002, Résumés, Verneuil-sur-Seine : AAAF.

*Convention sur la Délivrance de Brevets européens. (Convention sur le Brevet européen)*, Munich: Office européen des brevets, juillet 1989.

COURTIAL J.-P., DEVALAN P., DOU H., QUONIAM L., *La veille technologique par la bibliométrie : Un outil au service de la stratégie R&D de l'entreprise*, Paris : Institut pour la promotion des sciences de l'ingénieur, 8 et 9 octobre 1991.

ELMALEH A., ORES I., "Industrial property: a valuable weapon", *Hydrocarbon Processing*, January 1997, vol. 76, no. 1, p. 102-G-N.

GUICHARDAZ P., LOINTIER P., ROSE P., *L'Infoguerre. Stratégies de contre-intelligence économique pour les entreprises*, Paris : Dunod, 1999.

GUYAUX Jean, *L'espion des sciences : Les arcanes et les arnaques scientifiques du contre-espionnage*, France : Flammarion, 2002.

Institut des hautes études de défense nationale (IHEDN), *Journée de découverte de l'intelligence économique*, Paris, 20 avril 2000.

Institut National de la Propriété Industrielle (INPI), *Rapport annuel 2000*, Paris, 2000.

JOLY P., *Le Droit et l'Informatique*, Paris : Eyrolles, 1987.

LAINÉE François, *La veille technologique : De l'amateurisme au professionnalisme*, Paris : Editions Eyrolles, 1991, (Collection Cadres et Dirigeants).

LOMBARD Didier, *Rapport sur la propriété industrielle: le brevet pour l'innovation*, Paris: Direction Générale des Stratégies Industrielles, Secrétariat d'Etat à l'Industrie, Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, Ref: 98125 A090, février 1998.

MARX Bernard, *La Propriété Industrielle : Sources et ressources d'information*, Paris : Editions Nathan et Association des professionnels de l'information et de la documentation (ADBS), 2000, (Collection 128).

MATHELY Paul, *Le nouveau Droit français des Brevets d'Invention*, Paris: Editions du Journal des Notaires et des Avocats, 1991.

MOUSSERON Jean-Marc, « L'audit de propriété industrielle », *Les Petites Affiches*, 9 septembre 1985, n° 108, pp. 15-17.

Office européen des Brevets (OEB), *3<sup>ème</sup> congrès sur l'innovation, le management et les brevets*, Copenhague, 2-4 juin 1994.

RHODAIN Claude, "Innovation: La Guerre des Brevets", *CONTACT, revue de l'Amicale de l'E.M.S.S.T.*, juin 1990, n° 34, p. 30-33.

SIGNORE Robert, *La Brevetabilité des Inventions aux Etats-Unis d'Amérique: Principes. Conséquences pour les non-Américains*, Sevrans: Editions Litec, 1988, (Collection du C.E.I.P.I.).

*The United Kingdom Patent Act 1977*, Oxford: ESC Publishing Ltd, 1978.

*Traité de Coopération en Matière de Brevets (PCT) et Règlement d'Exécution du PCT*, Genève: Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, 1994.

TRJET Grégoire (sous la dir. de -), *Propriété industrielle : le coût des litiges*, Paris : Editions de l'Industrie du Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, Réf. : 00185 C 045, 2000, (Collection Etudes).