

SOMMAIRE.

INTRODUCTION.

CHAPITRE PREMIER.- LE RESPECT DU DROIT DE LA CONCURRENCE PAR LA SAUVEGARDE DU BREVET ANTERIEUR.

SECTION PREMIERE.- LA NECESSAIRE SAUVEGARDE D'UN DROIT A FINALITE ASSIGNEE.

- I.- L'octroi d'un droit monopolistique et concurrentiel.
- II.- « Perfectionner, c'est contrefaire ».

SECTION SECONDE.- LES GARANTIES DE SAUVEGARDE DE CE DROIT.

- I.- Des garanties de procédure dans l'obtention de la licence de dépendance.
- II.- Des conditions de fond : un appel au subjectivisme du juge.

CHAPITRE SECOND.- LE RESPECT DU DROIT DE LA CONCURRENCE PAR LA LIMITATION DU BREVET ANTERIEUR.

SECTION PREMIERE.- LE DROIT DES BREVETS CONFRONTE À SA FINALITE.

- I.- La continuelle recherche du progrès et de la concurrence.
- II.- L'appréhension du mécanisme par le droit communautaire.

SECTION SECONDE.- LES INCERTITUDES D'UN PALLIATIF EFFICACE.

- I.- Le rôle du mécanisme en matière de biotechnologies.
- II.- L'incertitude législative vis-à-vis du licencié contractuel.

INTRODUCTION.

1. « Ce qu'un autre découvre, je pourrais un jour en profiter ». C'est Léonard DE VINCI qui parlait ainsi. Sa maxime est remarquablement frappée du sceau de l'évidence. Depuis la nuit des temps l'homme découvre crée et invente. La création artistique comme celle d'objets à caractère technique ont toujours faits partie de la vie des hommes. Ce qui est le plus caractéristique c'est que l'homme apprend, assimile, reproduit, perfectionne et crée. L'évolution de l'homme est intimement liée à l'évolution des techniques qu'il a pu mettre en œuvre. En effet, l'esprit humain est doté d'un fort pouvoir créateur et toutes les grandes inventions lui ont permis de progresser, d'évoluer tout en laissant derrière lui un acquis que ses successeurs ont su mettre en valeur.

2. L'histoire de l'homme est jonchée de découvertes et d'inventions qui ont toujours profitées aux autres. C'est la logique même du progrès qui est au cœur du processus inventif des individus. La création technique a toujours servi dans l'absolu les intérêts de la société, lui permettant à chaque nouvelle découverte ou invention, de progresser.

3. Pour philosopher, la raison d'être de l'homme est souvent associée à sa quête continuelle du bonheur. Peut-être pouvons-nous nous avancer et dire que cette quête du bonheur passe par la quête du progrès ? Il semble communément admis que le progrès contribue au bonheur et à l'épanouissement de la société. Aujourd'hui, dans un registre moins philosophique, on assimile facilement la notion de progrès à celle de bien être de l'homme. En effet la notion de progrès s'entend de l'évolution de la société dans le sens d'une amélioration, un mouvement perpétuel de la technique vers une amélioration de la société. De cette façon il peut être affirmé sans problème que l'intérêt de la société passe par la recherche continuelle du progrès.

4. La maxime de DE VINCI est donc très illustrative d'une logique qui fait du progrès une finalité à atteindre et non pas la finalité absolue. Cette finalité semble parfaitement décelable dans le droit de la propriété industrielle que nous connaissons, et de façon plus précise dans notre droit des brevets, même si à première vue il est d'habitude d'associer à l'idée de monopole d'exploitation celle d'une récompense et non celle d'une recherche du

progrès. Cependant il faut se convaincre du contraire ; toute notre législation sur le droit des brevets est empreinte de cette recherche d'un bien être de la société par le progrès. Malgré tout même si une finalité est assignable au droit des brevets, celui-ci peut la discréditer, la trahir. Des moyens d'obvier cet effet pervers sont alors à rechercher ; c'est encore un but progressiste qui se profile derrière cela.

5. De quelle façon le droit des brevets peut-il contredire une finalité qui lui est assignée ? Référons-nous à la définition que nous avons proposé du progrès. Il s'agit d'un mouvement perpétuel, un dynamisme dans l'évolution de la technique pour une amélioration de la société. Le droit des brevets peut contredire sa finalité dès que l'exercice normal du monopole d'exploitation freine l'évolution de la technique et la marche du progrès, le mouvement, le dynamisme dans l'évolution de la technique pour l'amélioration de la société.

6. Se pose alors légitimement la question de savoir quel est le moyen permettant de pallier cet écart que le droit des brevets peut opérer par rapport à sa finalité. Où trouver ce moyen ? Est-il réellement nécessaire d'aller chercher ce moyen en dehors du droit des brevets, c'est-à-dire dans une autre branche du droit ? Nous ne voyons pas d'autre solution que celle du droit des brevets et cela est logique. Mais qu'est ce qui pourrait contrer un brevet sujet à exploitation ? En cherchant bien dans notre droit nous voyons se profiler toute une série de mécanismes plus ou moins contraignants pouvant anéantir le monopole d'exploitation et de façon moins grave simplement le limiter.

7. Il existe des moyens qui nous intéressent tout particulièrement. Ce sont les licences forcées et plus précisément la licence dite de dépendance. L'article L. 613-15 du code de la propriété intellectuelle, placé sous une section seconde intitulée : Transmission et perte des droits (lui-même placé sous un chapitre troisième relatif aux droits attachés au brevet), fait état de cette licence. Il énonce de la sorte :

« Le propriétaire d'un brevet portant sur un perfectionnement à une invention déjà brevetée au profit d'un tiers ne peut exploiter son invention sans l'autorisation du titulaire du brevet antérieur ; ledit titulaire ne peut exploiter le perfectionnement breveté sans l'autorisation du titulaire du brevet de perfectionnement

Le tribunal de grande instance peut, le ministère public entendu, accorder, dans l'intérêt public, sur sa demande qui ne peut être antérieure à l'expiration du délai prévu à l'article L. 613-11, une licence au titulaire du brevet de perfectionnement, dans la mesure nécessaire à

l'exploitation de l'invention qui fait l'objet de ce brevet, et pour autant que l'invention, objet du brevet de perfectionnement, présente à l'égard du brevet antérieur un progrès technique et un intérêt économique importants. La licence accordée au titulaire du brevet de perfectionnement ne peut être transmise qu'avec ledit brevet. Le propriétaire du premier brevet obtient sur requête présentée au tribunal, la concession d'une licence sur le brevet de perfectionnement.

Les dispositions des articles L. 613-12 à L. 613-14 sont applicables. »

8. Cette licence permet donc au titulaire d'un brevet de perfectionnement de restreindre le monopole d'exploitation d'un autre breveté, que l'on appelle breveté dominant ou initial, tout cela afin d'assouvir l'inexorable évolution de la société vers son amélioration. Le mécanisme ainsi expliqué pourrait nous faire penser au mécanisme de droit civil qu'est la servitude, puisque le propriétaire d'un fonds aura la faculté d'utiliser partiellement un autre fonds qui ne lui appartient pas mais qui est indispensable à la jouissance de son propre bien immobilier. Cependant l'analogie doit demeurer superficielle car il ne s'agit pas à proprement parler de la même chose. Quoi qu'il en soit les effets de la licence octroyée peuvent être les bienvenus, cependant une telle restriction du droit d'interdire ou d'autoriser l'exploitation d'une invention reste très grave. La finalité absolue du mécanisme légitime-t-elle réellement son existence ? La réponse à cette question n'est peut-être pas à chercher directement dans la notion de progrès et des développements qui l'entourent. Les débuts de réponse sont ailleurs, peut être au sein de la propriété industrielle elle-même ? Lorsqu'il est question de propriété industrielle, il est volontiers associé des questions de droit de la concurrence. En réalité ces questions intéressent et intéresseront toujours le droit de la concurrence, tout simplement parce que le droit de la propriété industrielle, et en ce qui nous concerne le droit des brevets, confère un monopole, certes temporaire et limité dans l'espace, mais un monopole. Il est donc naturel que se pose à nous la question des relations pouvant exister entre la licence de dépendance et le droit de la concurrence. C'est justement le propos du sujet que nous nous sommes proposés d'étudier, et qui s'intitule : « Licence de dépendance et droit de la concurrence ».

9. Mais avant de continuer plus loin, il s'impose à nous de procéder à une explication claire et méthodologique des éléments qui motivent nos interrogations. En effet, nous avons pu nous rendre compte, à la lecture de l'article L. 613-15 du code de la propriété

intellectuelle, de ce que constituait la licence de dépendance, cependant ces éléments ne sont pas totalement suffisants.

10. Attachons nous dans un premier temps à une étude sémantique des notions en cause. Il est question d'une licence de dépendance, mais la réalité semble être différente de l'appellation que l'on donne classiquement au mécanisme expliqué à l'article précité. Tout d'abord on parle de licence ce qui, d'un point de vue contractuel, nous amène à penser qu'il s'agit d'une concession c'est-à-dire un contrat par lequel on autorise une personne, moyennant des redevances, à jouir d'une chose. Mais dans un souci d'exactitude, il nous est imposé de se placer en dehors de tout champ contractuel pour affirmer qu'il s'agit en fait d'une autorisation concédée par une autorité, dans la plupart des cas, représentative des pouvoirs publics.

11. D'autre part, il est question de dépendance. Cette notion peut se définir juridiquement mais doit être mise en relation avec celle d'invention, car si l'on parle de licence de dépendance, c'est parce qu'il existe une invention dépendante. Ainsi l'invention dépendante se définit comme « celle dont l'exploitation suppose la reproduction, en tout ou partie, des revendications contenues dans un brevet principal considéré pour cette raison comme le brevet dominant »¹. Nous voyons tout de suite la difficulté. Une invention dépendante ne peut être exploitée sans autorisation du breveté dominant sous peine de contrefaçon. M. Jacques AZEMA estime que la notion de dépendance est relative dans le temps et dans l'espace. Dans le temps car une invention n'est dépendante que pour autant que le brevet dominant est en vigueur. Elle l'est dans l'espace car une invention dépendante sur le ou les territoires où existe un brevet dominant est en revanche de libre exploitation dans les pays où un tel brevet n'existe pas ou a disparu.

12. Mais on ne peut se limiter à la définition de la dépendance entendue dans les rapports entre deux inventions. La raison qui nous pousse à aller plus loin est que la dénomination du mécanisme n'est pas correcte. Il est vrai que nous pouvons raisonner en termes d'invention dépendante et la loi sur les brevets de 1844 nous conforte dans cette idée, mais le mécanisme institué par la loi de 1968 est plus qu'une licence de dépendance. En effet, une précision est, selon nous, d'une extrême rigueur. Il faut en réalité parler d'une licence de dépendance pour perfectionnement. La différence est de taille car un perfectionnement est certainement une invention dépendante, cependant une invention dépendante n'est pas

¹ Lamy Droit Commercial 2002, n° 1790, p. 863.

forcément un perfectionnement. En effet, une application nouvelle d'un produit connu et breveté ou un procédé nouveau d'obtention d'un pareil produit constituent certainement des inventions dépendantes mais probablement pas des perfectionnements. La définition du perfectionnement ne sera pas étudiée pour le moment puisque nous la réservons aux développements qui nous attendent. Précisons tout de même et de façon succincte qu'il s'agit d'une invention reprenant l'objet d'une invention mais qui l'améliore de façon certaine.

La licence de dépendance constitue en définitive une autorisation concédée par les pouvoirs publics, en l'occurrence le tribunal de grande instance, au titulaire d'un brevet de perfectionnement afin de passer outre sa dépendance et lui permettre ainsi d'exploiter son invention.

13. Pour pouvoir se demander quelles relations ce mécanisme entretient avec le droit de la concurrence, encore faut-il définir cette notion. Deux conceptions du droit de la concurrence peuvent être retenues selon M. Jacques AZEMA². Dans une acception étroite, le droit de la concurrence doit s'entendre comme le droit des pratiques qui sont de nature à fausser le jeu de la concurrence, c'est-à-dire le corps de règles qui permettent de réprimer ceux, qui de différentes manières, entravent le libre jeu de la concurrence, notamment en constituant des ententes ou en abusant d'une position dominante. C'est ce que les Anglo-saxons appellent le droit antitrust. Mais M. Jacques AZEMA préfère adopter une conception large qui englobe le droit des pratiques faisant la concurrence et dont l'objet est constitué par un phénomène économique difficilement saisissable. Ce qui est intéressant selon lui ce n'est pas le phénomène économique considéré dans toute sa technicité et sa complexité, ce qu'on appelle parfois la libre concurrence, mais l'existence de rivalités entre agents économiques dans la recherche de la conservation d'une clientèle. Le droit de la concurrence a pour objet l'ensemble des règles gouvernant ces rivalités.

14. La finalité du droit de la concurrence comme nous le concevons en France semble se référer à la protection d'un certain ordre public économique. Cette dernière notion est floue mais qui traduit bien l'esprit dans lequel nous devons nous situer. Un ordre public économique devant être préservée afin de rechercher un progrès économique. Le droit de la concurrence, ou la Concurrence, doit être vue comme un moyen de parvenir à ce progrès qu'il soit technique ou économique, s'il demeure profitable à la société, s'il va dans le sens d'une amélioration de la société.

² Le droit français de la concurrence, n° 2 et s., p. 16 et 17.

15. Nous avons défini les principales notions qui nous intéressent, la question de la relation pouvant exister entre la notion de licence de dépendance et celle de droit de la concurrence s'est précisée. Cependant avant de pouvoir donner des éléments de réponse encore devons nous replacer notre sujet, licence de dépendance et droit de la concurrence, dans le contexte historique et économique qui le caractérise.

16. D'un point de vue économique la situation de dépendance, caractérisée lorsqu'il est question d'un perfectionnement ou même dans d'autres cas, s'habille d'une importance considérable. En effet, les recherches menées parallèlement par des équipes autonomes et l'imbrication des inventions dans des secteurs techniques de pointe font de la dépendance une question de réelle importance. De plus les recherches d'antériorités menées par les offices nationaux ou les organismes internationaux ne renseignent pas systématiquement sur la liberté d'exploitation. Il est dès lors important pour le titulaire d'un brevet de s'assurer avant d'en entreprendre l'exploitation qu'il n'est pas dans la dépendance d'un brevet dominant dont un autre serait titulaire. Nous comprenons bien le problème que pose la dépendance d'une invention d'un point de vue économique, c'est pourquoi nous pouvons affirmer sans se fourvoyer que le thème de la licence de dépendance est économiquement primordial tant les enjeux financiers sont considérables. Par ailleurs la crainte de voir son invention dépendre de l'exploitation d'une autre peut contraindre à ne plus inventer.

17. Les problèmes de la dépendance ont depuis longtemps été perçus. Historiquement la notion de dépendance était déjà employée en droit des brevets. Il suffit de se référer à l'article 19 de la loi de 1844 qui interdisait au titulaire d'un brevet dépendant d'exploiter son propre brevet. Ce n'est qu'en 1968 que fut instituée la licence dite de dépendance. Nous avons expliqué que la dénomination n'était pas correcte, cependant ce sont là les vestiges d'un vocabulaire employé par le passé, et la loi de 1968 n'a pas consacré d'appellation particulière. L'idée d'une telle licence forcée existait bien auparavant. En effet, les situations de dépendance préoccupaient déjà les esprits bien avant 1968. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer au Traité théorique et pratique des brevets d'invention de POUILLET. Il y est fait référence à des associations qui avaient militées pour éviter des résultats paralysant en proposant d'instituer un échange obligatoire de licences. C'est notamment l'association internationale pour la protection de la propriété industrielle au congrès de Lyon en 1901, mais aussi l'association française pour la protection de la propriété industrielle en 1906, par une étude des conditions d'organisation de la licence obligatoire. C'est donc par la grande réforme

de 1968 que fut institué le mécanisme. Mais cette institution n'est pas un cas isolé puisqu'elle participe d'un mouvement général, consacré par la loi de 1968, de déclin de la déchéance et de la perte des droits d'un breveté contre une montée en puissance des licences imposées. Une importance sans commune mesure leur a été donnée par rapport aux législations antérieures. En effet, cinq licences imposées ont été aménagées par la grande réforme : deux licences que nous pouvons qualifier de judiciaires car octroyées par l'autorité judiciaire et qui sont la licence obligatoire pour défaut d'exploitation et la licence de dépendance pour perfectionnement. Les trois autres, administratives, sont les licences accordées dans l'intérêt de la santé publique, dans l'intérêt de l'économie nationale et celles octroyées dans l'intérêt de la défense nationale. Notons d'un point de vue comparatiste que des licences du même type que notre licence de dépendance sont consacrées dans des législations telles la loi suisse, italienne ou britannique.

18. Toutes ces licences participent d'une idée de promotion d'un intérêt supérieur qui doit venir surpasser le droit d'un breveté. La licence de dépendance pour perfectionnement constitue une limitation du droit d'un breveté pour un intérêt privé ; cet intérêt privé serait-il supérieur à un autre intérêt privé ? La réponse doit logiquement demeurer négative, car si c'est un individu que l'on favorise c'est bien pour assouvir les besoins de l'intérêt général qui se matérialisent dans une recherche continue du progrès. Là, la question de l'interaction entre droit de la concurrence et la licence de dépendance se repose et nous sommes à présent plus aptes à tenter d'y répondre. L'autre question que nous devons immédiatement nous poser est la suivante : comment le droit de la concurrence appréhende le mécanisme juridique de la licence dite de dépendance ? Nous pourrions nous attendre à traiter d'une opposition entre les deux notions mais ce n'est pas le cas. Ce qu'il ressort d'une étude superficielle du mécanisme de la licence judiciaire de l'article L. 613-15 du code, c'est qu'en fait ce système de licence « obligatoire » est conforme au droit de la concurrence, il en est même un vecteur. Cela se constate à partir de deux grandes observations. C'est, dans un premier temps, un système porteur de concurrence en ce qu'il ne trouve à s'appliquer que dans des conditions bien précises et très rigoureuses qui témoignent d'un souci de protection du droit antérieur qu'est le droit du breveté dominant. En effet, la mise en œuvre de la licence forcée implique beaucoup de conditions devant être remplies par le demandeur à la licence. Il est clair que l'intérêt du breveté dominant fait état d'un souci considérable de préservation de la part de la législation, car on ne peut limiter aussi simplement un intérêt privé au profit d'un autre intérêt

privé, mais aussi parce que la dimension concurrentielle du droit des brevets est primordiale et doit le rester.

19. Ensuite la licence judiciaire peut être perçue comme porteuse de concurrence mais dans l'optique d'une limitation du droit du breveté antérieur lorsque celui-ci ne satisfait plus aux impératifs qui le commandent. Le droit de la propriété industrielle et donc le droit des brevets est une technique de réservation de clientèle, ce qui nous renvoi directement à la notion définie plus haut de droit de la concurrence et qui nous permet de dire que la propriété industrielle est animée de l'essence qui anime le droit de la concurrence. La licence de dépendance est un mécanisme de propriété industrielle, un moyen de promouvoir le progrès par une utilisation judicieuse du droit de la concurrence. C'est le moyen d'apporter une amélioration à la société en bousculant le principe afin de préserver l'essentiel donc le principe.

20. Le mécanisme juridique apparaît, dans son essence, porteur de concurrence et donc fortement concurrentiel, malgré tout nous ne pouvons donner à ce mécanisme une légitimité sans conteste. Tout d'abord nous ne pouvons pas passer outre un élément qui a son importance. Le mécanisme de la licence de dépendance souffre terriblement d'un défaut d'application pratique. Jamais il n'a été recensé, auprès de la jurisprudence, d'instances en demande d'une telle licence. Certes cela voudrait dire qu'il a un effet dissuasif tel que les partenaires économiques trouvent toujours un accord amiable ; un contrat de licence serait toujours conclu, mais tout cela demeure de la pure spéculation. D'autre part, l'autorité chargée d'édicter les lois qui s'imposent à nous ne s'est pas souciée des conséquences possibles que la licence pourrait engendrer sur les relations contractuelles qui peuvent préexister entre le breveté antérieur et son éventuel licencié exclusif.

21. Deux grandes directions sont par conséquent à prendre ; démontrer d'abord que la licence de dépendance est un mécanisme conforme au droit de concurrence en ce qu'il est très protecteur du droit du breveté antérieur par ses très strictes conditions d'application, mais aussi parce qu'il trouve à déroger au monopole d'exploitation qu'est le brevet. Nous nous efforcerons alors à démontrer, tout au long d'un chapitre premier, que le mécanisme de la licence de dépendance consacre le respect du droit de la concurrence par la sauvegarde du brevet antérieur. Par la suite, dans un chapitre second, nous démontrerons que le mécanisme est respectueux du droit de la concurrence car il procède à la limitation du brevet antérieur.

CHAPITRE PREMIER.- LE RESPECT DU DROIT DE LA CONCURRENCE PAR LA SAUVEGARDE DU BREVET ANTERIEUR.

22. La conformité de la licence de dépendance avec le droit de la concurrence, ou plutôt l'esprit, l'essence de ce droit, doit se démontrer, nous l'avons dit, à travers l'étude précise des conditions d'application du mécanisme juridique. Celles-ci montrent à quel point il a été porté soin à la recherche d'une conciliation entre les intérêts en cause. Il ne semble pas, justement, que ces conditions soient aisées à remplir tant elles rendent compte des difficultés auxquelles il est nécessaire de faire face pour satisfaire au droit de la concurrence. Pour cela, ces conditions doivent respecter, dans leur mise en œuvre, le droit antérieur que constitue le brevet que l'on appelle dominant. Mais pourquoi ? Parce que ce droit, ce monopole d'exploitation est justement octroyé par la société à une personne privée afin de promouvoir le progrès et la concurrence ; il doit alors être protégé.

23. Attachons-nous à rappeler les raisons qui font que le droit du breveté antérieur ou dominant, et même plus généralement le droit des brevets, doit faire l'objet d'un souci constant de protection ; cela afin de mieux comprendre et démontrer que les conditions d'application du mécanisme sont conformes au droit de la concurrence car elles respectent le droit antérieur du breveté. Etudions alors, dans une section première, la nécessité de sauvegarder un droit à finalité assignée, puis, dans une section seconde, les garanties offertes par des conditions d'application très strictes du mécanisme.

SECTION PREMIERE.- LA NECESSAIRE SAUVEGARDE D'UN DROIT A FINALITE ASSIGNEE.

24. La démonstration que nous envisageons de mener nous impose d'examiner les raisons qui nous obligent à penser qu'il est nécessaire de sauvegarder le droit du breveté antérieur ou dominant. Le droit des brevets offre des possibilités, des avantages considérables pour celui qui détient un monopole d'exploitation sur une application industrielle d'un objet nouveau ; ainsi s'ouvre à lui un avantage concurrentiel considérable, selon l'ampleur des perspectives qu'offre l'invention brevetée, bien entendu. C'est bien un monopole d'exploitation qui est octroyé et cela ne va sans une contrepartie pour la société, c'est pourquoi une telle protection est nécessaire. A cet égard la loi ne nous discrédite pas puisqu'elle assure cette protection et offre au surplus une réponse tout à fait appropriée.

Attardons-nous donc, dans un premier paragraphe, à démontrer la nécessité de protéger un droit monopolistique et concurrentiel. Puis, dans un paragraphe second, d'examiner la réponse spéciale donnée par la loi que nous pouvons développer sous l'intitulé : « Perfectionner, c'est contrefaire »³.

I.- L'OCTROI D'UN DROIT MONOPOLISTIQUE ET CONCURRENTIEL.

25. Il s'agit bien ici d'un paradoxe. En effet, comment affirmer, sans se contredire, qu'un droit est monopolistique et concurrentiel ? Les deux notions sont incontestablement antinomiques puisque d'un côté il s'agit d'une situation permettant de se soustraire à toute concurrence, et de l'autre une situation de compétition économique entre entreprises. En droit des brevets ces notions sont tout à fait conciliables.

a) L'octroi d'un monopole.

26. La nécessité de la protection du droit des brevets fut longtemps l'objet de débats et aujourd'hui encore la question de la pérennité de notre système se pose⁴. Ce qu'il faut dire avec certitude c'est que le droit des brevets est nécessaire à l'économie de notre pays, mais dans quelle mesure ? C'est du fondement même, ainsi que de la justification du statut des brevets qui est le nôtre dont il est question.

27. La notion de monopole est contraire au principe, consacré dès la révolution, de la liberté du commerce et de l'industrie. Le fait de monopoliser une invention, c'est-à-dire le fait de réserver privativement une création nouvelle pour une personne, serait contraire au principe révolutionnaire ; cela reviendrait à soustraire le bien d'une utilisation possible par un tiers. Dans un régime de liberté du commerce et de l'industrie, en d'autres termes un régime de liberté économique, le principe de la concurrence est quelque chose de fondamental. La concurrence économique est certainement le maître mot. C'est ce qui a fait dire à quelques auteurs, à l'époque du libéralisme économique du 19^e siècle, qu'il fallait abolir le système des brevets. Pour cela rappelons les thèses de CHEVALIER ou de MALAPERT. Le premier dans une lettre rendue publique en 1863 s'exprimait ainsi : le système des brevets est « un outrage à la liberté du commerce et de l'industrie (...), tous les amis du progrès industriel et social

³ « Perfectionner, c'est contrefaire », intitulé repris d'une chronique de jurisprudence, RDPI étude n°110, avril 2000, R. GAGLIONE (conseil en propriété industrielle).

⁴ Jean-Christophe GALLOUX, « Le droit des brevets à l'aube du 3^{ème} millénaire », JCP 2000, I, p. 195.

doivent unir leurs efforts pour délivrer l'industrie d'entraves, restes surannés du passé »⁵. Ces partisans de l'abolition du système de la protection des créations nouvelles concédaient que l'inventeur était utile à la société en ce qu'il lui rend un service, cependant ils proposaient juste une récompense symbolique pour ce service rendu. Pire encore, PICARD et OLIN conseillaient à la société de ne rien accorder à l'inventeur en contrepartie sous peine de conclure « un marché de dupe » ; de n'accorder aucune « concession pour obtenir des avantages qui lui seraient acquis sans cela »⁶. Ces auteurs estimaient que l'inventeur serait un jour ou l'autre dans l'obligation de dévoiler son invention pour ses besoins propres et faire face à la concurrence. Il s'agit en fait d'admettre que la société profitera de l'invention en ne donnant rien puisque tôt ou tard l'inventeur sera contraint de livrer sa découverte gratuitement.

28. Quoi qu'il en fut débattu, ce qui est sûr, c'est que l'inventeur et, à plus forte raison, le brevet rend un service incontestable à la société. Mais si l'inventeur rend service à la société en lui communiquant l'invention qu'il a créé, il doit pouvoir profiter d'une contrepartie. S'agit-il d'une récompense ? Admettons le, mais quelle doit-elle être ? Comme POUILLET nous pensons que la chose qu'il a découvert se trouve être la meilleure récompense. POUILLET arguait de la sorte : « N'est-il pas naturel que la société dise à l'inventeur : je ne sais pas ce que vaut ton invention ; nul ne peut l'apprécier à son prix ; c'est la pratique seule qui en décidera ; je suis exposé en l'évaluant dès à présent, à te donner beaucoup pour rien, comme toi à recevoir peu quand tu me donnes beaucoup ; il ne s'agit ici ni des efforts que tu as faits, ni des sommes que tu as dépensées, ni du mérite intrinsèque de ta découverte ; il s'agit uniquement de la chose qui me vient de toi ; bonne ou mauvaise, utile ou non, exploite-la d'abord à tes risques et périls ; nul mieux que toi n'est à même d'en faire comprendre le mérite, comme d'en propager l'usage. Recueille ses premiers fruits, quels qu'ils soient ; tant mieux pour toi s'ils sont importants ; tant pis s'ils se réduisent à peu de choses »⁷.

Si l'on reprend les arguments de POUILLET contre ceux des détracteurs du système des brevets, on voit qu'il pense que la liberté de l'industrie ne sera pas blessée par un tel monopole car on n'empêche pas la société de jouir de ce qu'elle possédait auparavant, on ne lui enlève aucun bien, on ne restreint pas le domaine de l'industrie. On sent bien dans cette approche qu'il y a une idée de justice qui transcende l'idée de récompense. Cependant cette

⁵ Eugène POUILLET, « Traité Théorique et pratique des brevets d'invention et des secrets de fabrique », 1915, introduction, p. 10.

⁶ Op. Cit. p. 11 et suivantes.

⁷ Op. Cit. p.13

justification n'est pas l'unique possibilité. POUILLET ne s'y limite pas, puisque dans la suite de l'introduction de son traité il est clairement question de progrès et des méfaits d'une concurrence absolue sur le progrès. Nous pouvons même dire que c'est l'idée de progrès qui prédomine le tout ; mais comment doit se réaliser le progrès pour la société ?

29. Ce progrès est en fait le but, la finalité du droit des brevets et c'est en cela qu'il sera possible d'affirmer sans retenue qu'il doit nécessairement être protégé. On peut dire, d'une certaine manière, que le droit des brevets a été institué non seulement en contemplation de considérations de justice et d'équité, mais encore et surtout pour inciter « le peuple » à la création, à la participation de son épanouissement dans le sens d'une évolution positive de la civilisation. Le progrès par le brevet, ou le progrès par le monopole. Se limiter à cela serait trop réducteur ; ce n'est pas le monopole qui fait le progrès mais bien la concurrence. Arrivés à ce point, nous pouvons croire que notre démonstration est vaine, cependant il faut relativiser les choses. En effet, opposer monopole d'exploitation et concurrence est tout à fait sensé mais il ne faut pas tomber dans le tropisme des définitions de notions sorties de leur contexte. Le droit des brevets est bien un droit octroyé par la société pour surexciter la création d'inventions permettant de se réserver une clientèle pendant un certain temps. Cela semble contraire à l'idée de concurrence qui est synonyme de compétition économique sans entrave. Ne tombons pas dans un absolutisme des concepts et donnons leur la finalité à laquelle ils sont assignés.

b) Un droit hautement concurrentiel.

30. La concurrence est le principe de la liberté économique et par extension celle de l'industrie et du commerce, mais elle ne doit pas être absolue. Une concurrence absolue serait un danger. Même si elle est considérée par beaucoup d'économistes comme la loi sociale par excellence, elle ne peut être sans frein car si elle était absolue dans les mains de chacun elle conduirait à des conflits insolubles. Une concurrence à outrance mènerait vite au profit des détenteurs du capital le plus gros, puisque ces derniers pourraient agréger entre leurs mains les clés du marché écrasant ainsi toute concurrence possible.

31. La concurrence, bien que devant demeurer une loi universelle de notre économie, doit trouver des palliatifs. Le droit de la concurrence se charge de cette tâche en sanctionnant les abus de position dominante, les ententes, ...et en instituant des réglementations d'ordre public. Le droit des brevets et à plus forte raison, le droit de la propriété industrielle, est un palliatif d'un absolutisme de la libre concurrence conduisant au despotisme des plus grands.

32. Ce qu'il faut en fait dire, c'est que la concurrence est un moyen d'aboutir au progrès et à l'épanouissement de la civilisation. Le système français est bien celui-ci puisque l'on affirme dans la majeure partie des ouvrages de droit de la concurrence qu'il est appliqué en France la théorie de la concurrence-moyen. Le progrès et le développement sont le but à atteindre, la concurrence le moyen d'y parvenir tout comme le droit des brevets qui revêt donc une finalité duale puisqu'il sert de palliatif d'une concurrence absolue. Le droit des brevets représente autant de positions constituées de prérogatives qui viendront fixer les limites à la concurrence.

33. Palliatif de concurrence, ce qui est d'autant plus vrai que « la théorie de la propriété industrielle est fille de la liberté du commerce et de l'industrie »⁸. Elle n'a trouvé à s'épanouir que dans un régime de concurrence économique. La finalité assignée du droit des brevets n'est fondamentalement pas de conférer un monopole d'exploitation, cela est secondaire, mais bien de faire progresser la société en incitant à la création d'objets nouveaux à caractère technique. Cependant dire cela ne suffit pas. Nous établissons la nécessité de la protection du droit des brevets car il s'agit bien là d'un système progressiste en ce qu'il conduit d'abord à inciter à la création, mais surtout parce qu'il aboutit à une divulgation plus rapide de l'invention par son découvreur. Le monopole d'exploitation est bien une prime conférée à celui qui découvre et donc divulgue le plus tôt pour éviter une stagnation du niveau technique de la collectivité en faisant partager l'invention découverte ; en favorisant la diffusion du savoir et des techniques que tout un chacun pourra utiliser pour à nouveau créer. L'absence d'un tel système conduirait à développer la pratique du secret, puisqu'il s'agira du seul moyen de conserver un avantage concurrentiel ; et combien savent qu'une telle chose favoriserait le cloisonnement du savoir au profit de certaines personnes et parfois à son extinction et donc à un effet de stagnation technologique de la société.

34. Le droit communautaire ne doit pas rester absent de toutes nos considérations. La question qui se pose alors est de savoir s'il est de nature à contredire un quelconque droit antérieur et le droit de la propriété industrielle dans son ensemble. Ce qu'il faut savoir c'est que le droit communautaire, par l'histoire de sa création, est d'origine essentiellement économique. La base de la coopération étatique est bien une communauté économique fondée sur quatre piliers. Ces piliers sont une liberté d'établissement, une liberté de prestation de service, une liberté de circulation des capitaux et des personnes. C'est en réalité une liberté du

⁸ P. ROUBIER « Le droit de la propriété industrielle » tome 1, p.1.

commerce et de l'industrie qui est consacrée, une libre concurrence. Les normes du Traité des Communautés Européennes sont d'ailleurs fondamentalement de droit de la concurrence. Pour nous convaincre ne citons qu'à titre d'exemple les articles 28 et 29 du Traité qui prohibent respectivement les restrictions quantitatives aux importations et exportations ou effets équivalents entre les Etats membres ; c'est-à-dire des actes restrictifs de concurrence ou des actes anticoncurrentiels. Le dogme du droit communautaire pourrait être ainsi traduit : de la concurrence naît tous les bienfaits. Cela voudrait dire que le droit communautaire banni l'idée de tout monopole, qui par essence est contraire à l'idée de concurrence. Penser cela serait passer outre l'article 30 du Traité, lequel consacre la protection de la propriété industrielle et commerciale et il s'agit bien d'une dérogation aux articles précédents. Le droit communautaire n'en reste pas là et l'intervention de la Cour de Justice des Communautés Européennes est importante.

35. La Cour, dans sa recherche d'une conciliation entre la protection du droit des brevets et les impératifs de la libre circulation, a opéré une distinction entre l'existence et l'exercice de ce droit. Distinction apparue en matière de marque avec l'arrêt Grundig⁹, elle fut consacrée dans le droit des brevets par l'arrêt Parke-Davis¹⁰ dès 1968. Elle affirmait que « l'existence du droit de brevet ne relevant actuellement que de la législation interne, seul son usage pourrait relever du droit communautaire ». La Cour continuait en 1974 en étendant la distinction à l'application au droit des brevets des règles communautaires relatives à la libre circulation des marchandises. C'est par l'arrêt Centrafarm¹¹ qu'elle déclarait que si « le Traité n'affecte pas l'existence des droits reconnus par la législation d'un Etat membre en matière de propriété industrielle et commerciale, l'exercice de ces droits n'en peut pas moins (...) être affecté par les interdictions du Traité ».

36. Une autre étape dans la conciliation entre la protection de la propriété industrielle et les impératifs de la libre circulation est la consécration de la théorie de l'épuisement des droits de propriété industrielle. Cet épuisement communautaire doit, pour le droit des brevets, s'entendre ainsi : l'exercice volontaire du droit de brevet dans la communauté entraîne son épuisement en ce sens que le titulaire du droit de propriété industrielle et commerciale protégé par la législation d'un Etat membre ne saurait invoquer cette législation pour s'opposer à l'importation d'un produit qui a été écoulé licitement sur le marché d'un autre Etat membre

⁹ C.J.C.E. 13 juillet 1966, aff. n° 56 et 58/64, Rec. 1966, p. 429.

¹⁰ C.J.C.E. 29 février 1968, aff. n° 24/67, Rec. 1968, p. 81.

¹¹ C.J.C.E. 31 octobre 1974, aff. n° 15 et 16/74, Centrafarm, Rec. 1974, p. 1147.

par le titulaire de ce droit lui-même ou avec son consentement. Il y aurait beaucoup à développer en matière d'épuisement des droits mais pour être synthétiques retenons pour finir que le droit du breveté doit se limiter à sa fonction essentielle.

37. De cette façon, même si « de la concurrence naît tous les bienfaits », le monopole d'exploitation demeure une nécessité devant être sauvegardée ; c'est un mal nécessaire. Le droit communautaire a parfaitement assimilé cette nécessité, c'est pourquoi il consacre la sauvegarde du droit des brevets et plus précisément des droits antérieurs dont serait titulaire un breveté dominant. La sauvegarde du droit des brevets et par extension des droits du breveté antérieur est donc une nécessité car cela participe de la concurrence et du progrès au sein de la société. Sa finalité transcende le tout. Notre législation apparaît tout à fait conforme à cette idée ; nous devons donc étudier dans un paragraphe second comment elle assure une telle protection. Une maxime peut être retenue : « perfectionner, c'est contrefaire ».

II.- « PERFECTIONNER, C'EST CONTREFAIRE ».

38. Nous avons intitulé ce développement ainsi car il reflète assez bien l'état d'esprit dans lequel il faut se placer pour rendre compte de la situation. Cette expression est tirée d'une étude de jurisprudence menée par M. Robert GAGLIONE à propos d'une décision de justice que nous évoquerons plus tard. Passons outre, pendant un instant, cet intitulé qui témoigne plus d'une figure de style destinée à mieux comprendre notre démonstration. Ce dont il faut se persuader, c'est d'abord que la loi consacre, et cela est justifié, une « liberté de perfectionner », tout en encadrant cette liberté en limitant la possibilité de jouir de ce perfectionnement.

a) La consécration de la liberté de perfectionner.

39. La finalité même du droit des brevets et de n'importe quel droit antérieur qui en découle est bien de promouvoir le progrès. Le droit des brevets, parent proche de la liberté du commerce et de l'industrie et donc de la concurrence, cherche à faire progresser la société. Ce sont bien des considérations d'ordre économique et surtout d'intérêt général qui sous-tendent cette finalité.

40. Mais comme nous l'avons dit plus tôt, il faut essayer de ne pas tomber dans le tropisme des définitions qui empruntent une interprétation stricte des notions dont elles font l'objet. Il ne faut pas tout concevoir dans l'absolu, mais toujours relativiser les notions surtout lorsqu'il est question d'un droit monopolistique ; nous pensons à cet égard que la théorie du

droit naturel est quelque peu dépassée et qu'il s'agit sans conteste d'un droit octroyé, c'est-à-dire une sorte de contrepartie pour service rendu à la société. Il y a comme une convention passée entre la société et l'inventeur, et nous pensons même qu'il s'agit d'un « Pacte Social ». Ce n'est plus de la métaphysique mais de la rationalité, et tout ce qui est rationnel n'est pas absolu. Et lorsqu'il n'est plus question d'absoluité d'un droit ce dernier est logiquement encadré et limité. Encadré et limité car il met en cause des intérêts divergents : l'intérêt privé de l'inventeur ou du titulaire des droits, et l'intérêt général, celui de la collectivité, de la société. De cette façon, lorsque deux intérêts divergent, l'un doit prendre le dessus par une limitation de l'autre.

C'est en ce sens que nous pouvons établir que le droit d'un breveté antérieur n'est pas absolu. Nous pouvons donner l'impression d'enfoncer des portes ouvertes si nous considérons justement que le monopole d'exploitation est temporaire et non perpétuel. Cependant il ne s'agit pas vraiment de cela, encore moins du fait de considérer que ce monopole n'est pas opposable « erga omnes ». Loin de là, et penser le contraire serait une erreur impardonnable. Non, ce que nous voulons faire comprendre, c'est que l'invention protégée ne doit pas conduire à discréditer sa finalité.

41. Le législateur, dans sa grande présence d'esprit, a très bien pris en compte ces considérations, puisque déjà la loi de 1844 prévoyait qu'une invention puisse donner lieu à un perfectionnement. Perfectionnement émanant de l'invention primitive et protégeable par le certificat d'addition, mais aussi et surtout, en ce qui nous concerne, le perfectionnement émanant d'un tiers. L'article 19 de la loi de 1844 offre implicitement le droit, et cela est naturel, de perfectionner une invention déjà brevetée. L'article énonce, en effet, que quiconque « aura pris un brevet pour une découverte, invention ou application se rattachant à un autre brevet... ».

Le fait d'édicter en ces termes est particulièrement univoque, cela implique une liberté pour quiconque de perfectionner une invention déjà existante et de pouvoir breveter un tel perfectionnement. L'article L. 613-15 du code de la propriété intellectuelle ne détrompe pas l'approche de 1844 en ce qu'il n'interdit pas de tels perfectionnements, mais arbore la liberté d'une évidence telle qu'elle serait gravée dans le marbre : « le propriétaire d'un brevet sur un perfectionnement à une invention déjà brevetée... ».

42. Tout un chacun a donc la possibilité de perfectionner et de breveter. La justification est sans conteste possible et POUILLET le disait fort bien : « De ce qu'une invention est brevetée, il ne suit pas que son objet soit hors commerce et que pendant quinze années¹² son propriétaire ait la jouissance tellement exclusive que nul n'y puisse plus appliquer son activité. Au contraire chacun est libre de la perfectionner et peut ainsi ajouter aux travaux de l'inventeur, ses propres travaux, ses observations particulières. Si donc un brevet étant pris et demeurant encore debout, un tiers découvre un perfectionnement à ce brevet, il peut à son tour solliciter (...) un brevet d'invention, et son perfectionnement reste sa propriété, tout comme l'invention principale reste la propriété du premier inventeur »¹³.

43. Penser le contraire serait désastreux et conduirait à nier la finalité du droit des brevets. Le monopole octroyé doit demeurer enfermé dans des limites sinon il deviendrait contre-productif et la quête continuelle du progrès pour le bienfait de la société serait un dessein qui resterait à jamais vain, une utopie. Cette liberté consacrée par la loi, et juste car conforme à la finalité du droit des brevets doit cependant être sujette à relativisation. Lui aussi droit à finalité assignée, lui aussi doit être encadré et limité. En ce sens la loi interdit l'exploitation du brevet de perfectionnement sans autorisation du breveté initial.

b) Une interdiction d'exploiter réciproque.

44. La maxime « perfectionner, c'est contrefaire » prend ici tout son sens. Le monopole d'exploitation n'est pas absolu en soi et notre sujet est en plein cœur de la question ; malgré tout il reste opposable « erga omnes », ainsi seul le titulaire des droits, du monopole sera en mesure d'exploiter l'invention brevetée. Il serait donc naturel que le titulaire du brevet de perfectionnement ne puisse exploiter l'invention du premier breveté sans son autorisation. Il est d'ailleurs tout aussi naturel que ce breveté initial ne puisse exploiter l'invention de perfectionnement sans l'autorisation de son titulaire. La loi ne nous contredit pas ; plus c'est un principe qu'elle affirme et consacre.

45. L'article 19 de la loi de 1844 énonçait de cette manière : « quiconque aura pris un brevet pour une découverte, invention ou application se rattachant à l'objet d'un autre brevet, n'aura aucun droit d'exploiter l'invention déjà brevetée, et réciproquement, le titulaire du brevet primitif ne pourra exploiter l'invention objet du nouveau brevet ». Et l'article L. 613-15 du code de la propriété intellectuelle énonce dans les mêmes termes que l'article 36 de la

¹² Il s'agit de la durée du monopole à l'époque où il écrivait ; on pourrait aujourd'hui lire vingt années.

¹³ POUILLET, Op. Cit. p. 237.

loi de 1968 : « Le propriétaire d'un brevet portant sur un perfectionnement à une invention déjà brevetée au profit d'un tiers ne peut exploiter son invention sans l'autorisation du titulaire du brevet antérieur ; ledit titulaire ne peut exploiter le perfectionnement breveté sans l'autorisation du titulaire du brevet de perfectionnement ».

La formule légale est heureuse puisqu'elle protège, conformément au statut des brevets, non seulement les droits du breveté initial sur son invention, mais aussi ceux du breveté second sur le perfectionnement qu'il a réalisé. L'interdiction est bien réciproque et le fait qu'il y ait un lien entre les deux inventions ne doit rien changer. Ce lien est incontestable ; c'est celui qu'il y a entre une invention et son perfectionnement. Ce lien sera à préciser et à définir correctement plus tard, cependant nous pouvons d'ores et déjà dire que l'un englobe l'autre tout en le surpassant, c'est pourquoi les non avertis, pourraient faussement penser que celui qui perfectionne peut exploiter en toute liberté.

46. Quoi qu'il en soit cette solution est conforme à une certaine idée de la justice et de l'équité. La loi prend une précaution nécessaire pour empêcher que l'auteur d'un perfectionnement ne fasse une concurrence désastreuse au titulaire des droits sur l'invention originaire ou antérieure.

« Il ne serait pas juste, en effet, que celui qui s'est inspiré de la découverte ou de l'invention pût l'absorber complètement à son profit et que l'inventeur du lendemain paralyse l'industrie du premier inventeur, de celui auquel, en définitive revient l'honneur de la découverte »¹⁴. POUILLET l'exprimait donc fort bien. Nous retrouvons un souci de conservation ou d'instauration d'une certaine justice, d'équité entre les protagonistes, par le législateur. Interdire dans un seul sens serait contraire à l'idée voulue, c'est pourquoi il y a une juste réciprocité dans l'interdiction ; l'auteur de l'invention principale ne peut prétendre à aucun droit sur le perfectionnement. Les deux brevetés doivent s'en tenir à ce qu'ils ont inventé et respecter ce qu'un autre a découvert.

47. La sanction du non-respect du droit de l'autre se traduit par une action en contrefaçon et tout ce que cela implique c'est-à-dire sanction pénale et dommages et intérêts. A ce titre c'est uniquement dans ce domaine que la jurisprudence a eu à traiter de licence de dépendance pour perfectionnement. En effet, la chambre commerciale de la haute cour, dans

¹⁴ POUILLET. Op. Cit., p.237.

un arrêt de 1996¹⁵, a estimé que la personne qui avait exploité un brevet de perfectionnement sans solliciter d'autorisation de la part du titulaire du brevet initial était contrefacteur. Elle précise par la suite que celui qui exploite un brevet de façon contrefaisante, c'est-à-dire sans la sollicitation d'une licence de dépendance, ne peut se prévaloir des dispositions de l'article L. 613-15 du code de la propriété intellectuelle. Notons que c'est uniquement à ce sujet que la jurisprudence a pu se prouver au sujet d'une licence de dépendance.

48. Nous pouvons sans problème affirmer que les dispositions de la loi ont été édictées, en outre, dans un souci de favoriser la négociation entre les différents intervenants. C'est là une incitation qui a pour but le progrès par la coopération entre acteurs économiques mais aussi la protection du droit du breveté initial. Celui-ci ne peut voir ses droits sur une invention brevetée que sauvegardés s'il a consenti par lui-même une autorisation d'exploiter son brevet par le biais de la technique contractuelle qu'est la licence¹⁶. Il vaut donc mieux, pour lui, profiter des revenus d'une licence contractuelle dont le champ d'application est défini d'un commun accord plutôt que de subir les effets d'une licence que l'on peut qualifier de forcée ou d'autoritaire.

49. La loi de 1968, qui pour la première fois a institué le mécanisme, est fortement imprégnée de cette idée de sauvegarde des droits. La référence implicite à la négociation ou à sa tentative, plus explicite à l'article L. 613-12 du code de la propriété intellectuelle, peut témoigner de l'intérêt porté, lors de l'adoption de la disposition, à la sauvegarde du droit antérieur du premier propriétaire, mais aussi à l'intérêt de l'économie nationale et de l'intérêt général. Cela résulte notamment des problèmes qu'a suscité l'adoption de la disposition. Les débats parlementaires furent très vifs puisque les discussions devant le Sénat mettaient en jeu des avis assez partagés.

50. M. MARCILHACY, dans son rapport au Sénat, expliquait la raison d'être de cette licence : « Une invention peut être améliorée. L'organisation de la publicité des dossiers, le fondement même du système des brevets est d'encourager la divulgation des trouvailles afin que progressent l'industrie et l'économie. L'état de la technique résulte de l'accumulation des innovations industrielles. Il peut donc permettre à des chercheurs de perfectionner ce qui n'est souvent qu'un point de départ »¹⁷. La Commission de la Production et des échanges de l'Assemblée Nationale s'était montrée hostile à l'adoption de l'article 36 en se fondant sur

¹⁵ Cass. Com. 16 janvier 1996, PIBD 1996, III, p. 175.

¹⁶ Licence exclusive ou licence simple

¹⁷ M. MARCILHACY, rapport de la Commission des lois au Sénat, Doc. n° 42, p. 70 et s.

l'intérêt de l'économie française et les conditions de la concurrence intérieure. Les milieux professionnels pensaient que cela serait une atteinte grave aux droits du breveté antérieur. M. MARCILHACY faisait remarquer que le texte voté n'exclurait pas le cas de concurrence possible entre deux exploitations. M. ARMENGAUD, rapporteur à la commission des finances, faisait part de son côté que « la licence de dépendance risque de favoriser ceux qui ont tendance à piller les inventions des autres »¹⁸. L'effet sclérosant de la licence pour la recherche était clairement mis en avant. Le même rapporteur invitait donc à réfléchir sur les conséquences de la disposition en précisant qu'en tout état de cause la licence de dépendance ne devrait être instituée qu'en tant qu'exception très spéciale au monopole d'exploitation. Quant à sa délivrance elle doit être entourée de conditions tenant, entre autres, à l'intérêt général, au progrès technique considérable que devrait présenter le perfectionnement par rapport au brevet de base.

51. La loi a formidablement bien pris en compte les considérations des députés et sénateurs, c'est pourquoi elle offre de bonnes garanties de sauvegarde du droit antérieur. Des garanties de sauvegarde que nous verrons dans une section seconde.

SECTION SECONDE.- LES GARANTIES DE SAUVEGARDE DE CE DROIT.

52. Nous avons, dans cette section première, mesuré l'importance du droit des brevets pour notre société de façon générale, ainsi que la nécessité de protéger de tels droits. Par ailleurs nous avons montré comment la loi de 1968, qui institua le mécanisme objet de notre étude, avait fait en sorte que le titulaire d'un brevet de perfectionnement ne heurte pas a priori le droit du breveté initial. Cependant à ce premier rempart de protection, s'ajoutent des conditions d'obtention de la licence de dépendance. Celles-ci sont autant de garanties instituées pour la sauvegarde du droit du breveté initial.

53. Nous pouvons diviser ces conditions ou ces garanties en deux ensembles. Nous pouvons réellement distinguer des conditions de forme et des conditions de fond. Les premières sont assimilables à de réelles garanties de procédure, alors que les secondes s'apparentent plus à une appréciation subjective du perfectionnement. Etudions alors dans un paragraphe premier les garanties de procédure dans l'obtention de la licence de dépendance, puis dans un second paragraphe les conditions de fond qui sont un appel au subjectivisme du juge.

¹⁸ M. ARMENGAUD, J.O. débat Sénat 1^{er} Déc. 1967, p. 1987.

I.- DES GARANTIES DE PROCEDURE DANS L'OBTENTION DE LA LICENCE DE DEPENDANCE.

54. Il peut sembler anodin de débiter l'étude du mécanisme qu'est la licence de dépendance dans son fonctionnement et son attribution par les conditions que nous appelons bien volontiers de procédure, cependant cela semble s'imposer à nous de façon naturelle. C'est l'article L. 613-15 du code de la propriété intellectuelle qui nous le suggère en fait puisque c'est par cela qu'il débute. Ce n'est pas la seule disposition applicable en la matière puisque les articles L. 613-12 et L. 613-14 trouvent à s'appliquer selon l'alinéa 3 de l'article L. 613-15. Il ne faut pas non plus oublier l'article L. 613-11, selon lequel le mécanisme de la licence de dépendance emprunte, dans une certaine mesure, au régime procédural de la licence obligatoire pour défaut d'exploitation. En somme, à la lecture ces dispositions, des garanties judiciaires peuvent être distinguées de garanties de pure procédure.

a) Des garanties judiciaires.

55. Les garanties que nous avons voulu fédérer sous le qualificatif de judiciaires ne sont pas très nombreuses, cependant le poids des mots utilisés par l'article L. 613-15 du code de la propriété intellectuelle est à prendre en considération.

56. Le début du second alinéa énonce : « Le tribunal de grande instance peut, le ministère public entendu, accorder, dans l'intérêt public...une licence... ». Les termes employés sont clairs et très porteurs de sens. Il y a une compétence exclusive du tribunal de grande instance pour pouvoir accueillir une demande de licence de dépendance. Par ailleurs, le ministère public doit être entendu pour satisfaire à l'intérêt public. Le fait que seul le juge judiciaire puisse accorder ou plus justement octroyer une telle licence est très important et à la fois tout à fait naturel.

57. Comment un juge administratif trouverait compétence pour « exproprier », du moins de façon partielle, afin de satisfaire immédiatement un intérêt privé ? Le juge judiciaire est compétent et il le reste pour procéder à la limitation de la propriété de l'un pour l'intérêt d'un autre, personne privée. Une telle chose est grave et lourde de conséquences. Nous ne voulons pas trop entrer dans les débats théoriques sur la nature des droits de propriété industrielle, cependant nous pouvons dire avec certitude que les premières théories ont influencé les législateurs successifs même s'ils ont tenté de s'en détacher. Les droits de propriété intellectuelle ont été fortement imprégnés des théories de droit naturel et, moins

excessivement de celles du droit de propriété. Les lois révolutionnaires nous l'ont montré et restent tout de même la base textuelle et historique de notre droit de propriété intellectuelle.

58. Un droit naturel, un droit dont chacun dispose dès ses premiers souffles de vie, une potentialité à laquelle personne ne peut porter atteinte. Ces théories peuvent paraître utopiques notamment en matière de propriété industrielle, mais elles fondent notre droit. Sans trop vouloir rentrer dans des considérations de protection des droits de l'homme, il nous est libre de penser que le droit de brevet est un droit de propriété. Certes la loi de 1844 n'employait pas le terme de propriété, mais plus celui de droit concédé par la société, récompense à service rendu ; pour se détacher d'une certaine métaphysique afin de justifier des droits, cependant cela n'empêche pas de se référer à la notion de propriété. Certains civilistes pourront arguer, quant à eux, d'une certaine inadéquation d'identité avec la propriété définie selon le code civil, cependant ce n'est pas suffisant pour nous faire penser le contraire. Il faut, à notre avis outrepasser les catégories. Ce qui fait l'essence du droit de propriété, ce n'est pas qu'il est absolu ou perpétuel, ou encore qu'il regroupe trois genres de prérogatives¹⁹, mais c'est qu'il est opposable à tous. Le droit de propriété industrielle qu'est le droit des brevets est opposable, lui aussi, « erga omnes ». Le fait qu'il soit temporaire ou que l'on ait du mal à retrouver le fameux triptyque doit rester indifférent.

59. Le droit des brevets est donc de la propriété, il est de son essence. Comme tout droit de propriété il doit, même si cela peut paraître artificiel de nos jours, être considéré comme un droit de l'homme, comme une liberté fondamentale. S'agissant d'une liberté fondamentale, seul le gardien d'une telle liberté peut se prononcer pour y porter atteinte ; cette tâche revient au juge judiciaire et plus précisément au tribunal de grande instance pour le cas qui nous intéresse. A ce niveau l'intervention de l'autorité judiciaire constitue une garantie de sauvegarde du droit antérieure très importante.

60. L'intervention du ministère public n'est pas non plus à négliger. Le texte dit clairement qu'il est entendu dans l'intérêt public. La référence peut paraître superflue cependant elle a le mérite de bien préciser les choses. Le fait que le ministère public intervienne a son importance car l'atteinte au droit antérieur doit se faire à la vue d'une finalité ultime, dans l'intérêt public. Il ne peut y avoir de réelle expropriation pour cause d'utilité privée ; cela cache toujours un but, une motivation supérieure : satisfaire l'intérêt

¹⁹ L'usus, l'abusus et le fructus.

public c'est-à-dire l'intérêt général ; cela dépasse l'intérêt du marché ou de l'économie. Il incombe au ministère public de rappeler les droits de la société.

61. Nous pouvons noter, à titre de remarque, que le ministre chargé de la propriété industrielle peut présenter des observations, et le directeur de l'INPI entendu au cours de la procédure judiciaire qu'est le procès. Il s'agit bien, à ce titre d'un contentieux.

62. Au regard des normes édictées par l'OMC²⁰, la disposition n'est pas complètement conforme à l'accord ADPIC²¹. Deux articles nous intéressent. D'abord, l'article 30 offre la possibilité aux Etats membres à l'accord de prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, si elles ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet. L'article 31 poursuit en permettant d'autres exceptions et en particulier l'utilisation par des tiers non autorisée par le titulaire du brevet mais permise par les pouvoirs publics. Dans ce cas là une série de conditions est à respecter. Ces conditions sont, de façon générale, respectées par la loi française, sauf à considérer la consultation d'une autorité spéciale comme le ministère public. En effet le choix de l'autorité compétente pour concéder l'autorisation est laissée à la discrétion des Etats, mais aucune disposition n'impose la consultation d'une autre autorité. C'est en quoi elle contredit l'article 31 de l'accord ADPIC auquel la France est partie.

63. A côté de ces garanties de sauvegarde du droit du breveté initial que l'on qualifie de garanties judiciaires, dans le sens où c'est l'autorité judiciaire qui décidera de l'attribution d'une licence de dépendance, nous pouvons trouver des garanties de forme que l'on peut qualifier de pure procédure.

b) Des garanties de pure procédure.

Ce que nous avons voulu fédérer sous cet intitulé, c'est avant tout des conditions de délai, de preuve et de capacité. La licence de dépendance ne peut être demandée qu'après un certain délai ; ensuite il faut prouver que l'on est titulaire d'un brevet de perfectionnement et que l'on n'a pas pu se voir accorder de licence contractuelle et enfin que l'on a la capacité d'exploiter. Approfondissant ces conditions en les étudiant tour à tour.

64. L'alinéa 2 de l'article L. 613-15 du code de la propriété intellectuelle énonce que la demande ne peut être antérieure à l'expiration du délai prévu à l'article L. 613-11 du même

²⁰ Organisation Mondiale du Commerce.

²¹ Accord sur les Aspects de la Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce.

code. Ce dernier énonce que « toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de 3 ans après la délivrance du brevet, ou de 4 ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire... ». Cet article est dédié à la licence obligatoire pour défaut d'exploitation. La licence de dépendance emprunte donc au régime procédural de cette licence obligatoire. On peut le comprendre aisément puisque les deux licences sont des licences judiciaires ; ensuite elles ont toutes les deux un même et unique but : la promotion du progrès, qu'il soit technique ou économique, tout cela bien entendu dans l'intérêt de la société.

Le délai est donc de 3 ou 4 ans selon le point de départ du celui-ci. Cependant même s'il est repris de l'article L. 613-11 du code, il n'est pas exigé de défaut d'exploitation du breveté initial par son titulaire. Ce délai a semblé constituer, sans conteste, une garantie du droit du breveté indispensable. L permet au breveté initial de pouvoir jouir réellement et égoïstement de son invention pendant 3 ans. Pendant tout ce temps le droit du breveté sera absolu dans les limites que nous lui connaissons. Après ce délai le breveté pourra être contraint par un tiers qui aura perfectionné en réalisant un progrès technique important. Cela peut jouer un rôle incitatif. Cela peut conduire le breveté initial, non pas à se contenter de son invention, mais de chercher à la perfectionner ; c'est-à-dire à adopter une attitude conforme au droit des brevets et à sa finalité.

65. M. Marc SABATIER pense que ce délai protège mal le breveté antérieur « puisque les tiers ont, en tout temps, le droit de demander un brevet de perfectionnement, et d'empêcher par-là le breveté principal d'utiliser les perfectionnements qu'il découvrirait ou déposerait après eux »²². Le même auteur fait par ailleurs remarquer que l'attitude du breveté principal tel l'absence de faute de sa part demeurent sans influence. Il ne pourrait donc se soustraire à l'application du mécanisme en soumettant des excuses légitimes comme cela est possible en matière de licence obligatoire pour défaut d'exploitation. Il s'agit plus d'un mécanisme qui s'intéresse à ce qu'un tiers peut proposer à la société c'est-à-dire un progrès technique important. Faisons remarquer que cette condition de délai est contredite par l'article 31 de l'accord ADPIC, qui ne l'a pas non plus posé.

66. Les conditions de preuve sont quant à elles de trois ordres. Le demandeur à la licence de dépendance doit prouver qu'il est titulaire d'un brevet de perfectionnement, et que

²² Marc SABATIER, « l'exploitation des brevets d'invention et l'intérêt général d'ordre économique », p. 199.

sa demande fait suite à un défaut d'accord amiable trouvé avec le breveté principal. S'ajoute une troisième preuve : celle de la capacité d'exploiter.

67. C'est l'article L. 613-15 du code de la propriété intellectuelle qui impose que le demandeur à la licence forcée soit titulaire d'un brevet de perfectionnement. L'alinéa 3 de l'article L. 613-15 du code fait explicitement référence à l'article L. 613-12 en énonçant que cette disposition est applicable. Cette dernière expose que la demande formée devant le tribunal de grande instance doit être accompagnée de la justification que le demandeur n'a pu obtenir du propriétaire du brevet une licence d'exploitation et qu'il est en état d'exploiter l'invention de manière sérieuse et effective.

68. Le demandeur doit donc prouver qu'il est titulaire d'un brevet de perfectionnement. Cela n'est pas difficile en soi puisqu'elle peut être satisfaite par la présentation du titre de brevet. Ce brevet doit bien pour avoir pour objet un perfectionnement. A ce titre le perfectionnement doit constituer une invention brevetable à part entière, au sens du droit des brevets ; c'est-à-dire une invention nouvelle, faisant preuve d'activité inventive et d'application industrielle. S'il ne satisfait pas à ces conditions classiques, l'invention, même s'il s'agit d'un perfectionnement réel, ne permettra pas à son inventeur de demander la licence. De plus le brevet doit porter réellement sur un perfectionnement, mais comment définir la notion ?

69. Le bon sens nous conduit naturellement à considérer qu'il s'agit d'une amélioration à une invention préexistante. Le Petit Robert conforte cette approche. Cependant en droit des brevets cela ne doit pas se limiter à cela. La tâche est difficile puisqu'il est d'habitude de confondre la notion de dépendance avec celle de perfectionnement. Le perfectionnement peut s'entendre selon un critère purement formel qui s'attache uniquement aux revendications des deux brevets. Ainsi constitue un brevet de perfectionnement le titre dont les revendications se rattachent à celle d'un brevet précédent. C'est la définition adoptée pour les certificats d'addition à un brevet principal. Le critère est simple mais pêche par son formalisme étroit car des brevets peuvent ne pas se rattacher au premier brevet en lui portant tout de même atteinte. De plus la confusion avec la notion de dépendance est totale. Un critère technique peut compléter ce critère formel. C'est un critère tenant compte de la valeur technique ou économique de l'invention. Aussi un brevet constitue un perfectionnement lorsque l'utilisation du brevet précédent est techniquement nécessaire pour sa mise en œuvre. On doit retrouver la même idée essentielle et fondamentale dans les deux inventions. Il y a cependant

une différence entre les deux brevets. Cette différence se trouve dans le second brevet et constitue une amélioration caractérisée, un perfectionnement, mais dont la mise en œuvre dépend de la mise en œuvre même de tout ou partie du premier brevet. La notion de dépendance reste omniprésente mais on ne peut réduire la notion de perfectionnement à celle de dépendance qui est beaucoup plus large.

70. L'identité du demandeur est primordiale, tout autant que la qualité ou la qualification de l'invention dont il est titulaire. Cela restreint énormément le nombre de personnes pouvant être recevables à l'action en demande de la licence. Cette preuve doit ensuite s'accompagner de la justification que le demandeur n'a pas pu obtenir de la part du propriétaire du brevet une licence d'exploitation c'est-à-dire d'un défaut d'accord amiable. Cette exigence donne son plein effet au principe posé par l'article L. 613-15 du code selon lequel il est interdit d'exploiter les brevets sans le consentement des titulaires respectifs.

71. La dernière preuve à satisfaire par le demandeur est celle de la capacité à exploiter l'invention de manière sérieuse et effective. C'est bien la capacité d'exploiter par rapport à l'invention principale qui doit être prouvée ; de cette façon la preuve ne devrait pas être trop difficile à produire. Cette exploitation sérieuse et effective correspond en réalité à une exploitation qui doit satisfaire aux besoins du marché ce qui constitue une condition économique.

72. Toutes ces conditions nous montrent de manière évidente qu'elles ont été édictées afin d'assurer au maximum la sauvegarde du droit du breveté initial. Ces conditions de sauvegarde, ou comme nous aimons à les appeler des garanties, sont en quelques sortes des garanties de forme constituant en réalité un délai à respecter et une série de preuves à fournir à la charge du demandeur à la licence de dépendance. Mais, des garanties de fond sont aussi à prendre en compte. Celles-ci ont la particularité de laisser un large pouvoir d'appréciation au juge.

II.- DES CONDITIONS DE FOND : UN APPEL AU SUBJECTIVISME DU JUGE.

73. Le juge est amené, dans l'examen de la demande, à apprécier l'invention de perfectionnement. L'attribution de la licence forcée ne s'obtient pas par la seule satisfaction aux conditions évoquées plutôt. L'invention de perfectionnement doit satisfaire à d'autres conditions qui sont, elles aussi, autant de garanties de sauvegarde du droit du breveté initial. Nous pouvons distinguer deux sortes de garanties de fond qui émanent du pouvoir souverain

du juge ; tout d'abord, une garantie incarnée dans l'appréciation de l'invention par le juge, puis par la limitation du champ d'application de la licence forcée.

a) Une appréciation « in concreto » de l'invention.

43. Selon l'article L. 613-15 du code de la propriété intellectuelle, « la licence de dépendance pour perfectionnement est accordée pour autant que l'invention, objet du perfectionnement, présente à l'égard du brevet antérieur un progrès technique et économique importants ».

44. Le juge doit donc procéder à une comparaison entre les deux inventions en cause. Il doit apprécier ce qui fait la différence entre l'invention initiale et son perfectionnement. Cette différence, selon le texte de la loi, doit être considérable, dans le sens où il doit être tenu compte de la valeur technique et économique de l'invention. Le juge est donc bien amené à apprécier l'invention de perfectionnement de façon concrète. Il doit apprécier ce qu'elle apporte réellement par rapport à l'invention de base.

C'est un degré supérieur de protection du droit du breveté antérieur qui est atteint. Il ne suffit pas d'un perfectionnement breveté et le respect d'un certain nombre d'autres conditions pour se voir accorder l'autorisation. L'invention doit présenter à la fois un progrès technique et économiques importants par rapport à l'invention principale.

45. Ces deux notions sont sujettes à l'appréciation du juge, mais comment peut-il apprécier le progrès technique et économique importants qui peuvent être réalisés par l'invention ?

Notons que l'exigence d'un progrès technique important a été critiquée. La doctrine lui a reproché d'être une notion éminemment subjective, entièrement insaisissable ; c'est dire que la notion est très difficile à apprécier. Relevons tout de même que, dans une perspective comparatiste, quelques droits étrangers ont adoptés eux aussi un tel système. Ils utilisent à peu de chose la même terminologie, le même critère. Les lois suisse et italienne exigent « un progrès technique notable » et la loi anglaise exige que l'invention « contribue essentiellement à l'art de la cause ».

Ce que nous pouvons d'ores et déjà dire, c'est qu'une telle notion laisse à penser que l'exploitation de la seconde invention doit être considérée comme indispensable à la société.

Le vœu du législateur est explicite ; la licence de dépendance n'est accordée que si la seconde invention présente un niveau technique considérable par rapport à la première.

74. Les perspectives se sont éclairées et nous pouvons alors aisément faire un rapprochement avec le critère de l'activité inventive. Il s'agit bien d'un critère édicté afin de rehausser le niveau de protection dans le sens où celui-ci est devenu plus difficile à satisfaire. Le critère impose une certaine hauteur inventive devant être retrouvée dans l'invention. La comparaison nous permet de dire que l'appréciation par le juge du progrès technique important réalisé par l'invention sera du même ordre que l'appréciation du critère de l'activité inventive. En effet, dans les deux critères c'est bien une sorte de hauteur inventive qui est requise et le point de comparaison est l'invention principale, car c'est par rapport à cette dernière que doit être apprécié le progrès technique important ou si l'on veut la hauteur inventive.

75. Ayant dit cela, il nous faut nous demander ce que constitue le progrès économique important. Si nous avons pu donner des indices quant à la façon dont le juge pourrait apprécier le progrès technique important, le progrès économique important semble poser plus de difficultés. Pour se convaincre il suffit de voir que le juge n'est pas un expert ou économiste ; comment pourrait-il prévoir l'imprévisible ? Comment prévoir l'impact réel que pourra avoir une invention sur un marché ? Si elle aura du succès ou non ? Le juge ne le peut pas. C'est un critère essentiellement économique qui de cette façon est très sensible à l'évolution des besoins de l'économie. La décision du juge est donc soumise à aléa ; c'est ce qui peut faire dire que ce critère économique n'est pas aussi protecteur pour le droit du breveté antérieur que le critère technique. Tout dépend en effet de l'état de l'économie au moment où le juge statue ; le point de référence n'est pas certain ou du moins il est très fluctuant contrairement au premier critère où la référence est l'invention initiale. Pour fonder sa décision, peut-être le juge pourra-t-il se voir remettre des rapports d'experts sur l'impact économique qu'aura l'invention sur le marché, mais là encore il fondera son intime conviction à partir d'éléments qu'il maîtrisera superficiellement, et ce n'est pas réellement lui qui sera à l'origine de la décision d'attribution dans ce cas là.

76. M. Marc SABATIER²³ pense que les deux notions ne sont pas réellement dissociables. Il estime en effet que l'appréciation de la seconde invention ne doit se faire que d'un point de vue technique car justement la recherche d'un progrès technique important

²³ Marc SABATIER, Op. Cit. p. 205.

passer par des considérations économiques. On ne peut pas dans l'appréciation de l'importance intrinsèque de l'invention se limiter à examiner les deux critères de façon indépendante. Il est difficile de faire abstraction des besoins de l'économie en appréciant la valeur technique de l'invention de perfectionnement. Par ailleurs, il affirme que les besoins du marché sont sous-jacents à la demande de licence judiciaire, et cette demande est d'ailleurs formulée parce que le demandeur estime que son invention présente un progrès technique important. Il en conclut que l'intérêt de l'économie est compris dans la notion de progrès technique important.

77. L'étude de ces deux critères doit être perçue comme l'étude de garanties de sauvegarde du droit du breveté initial. Les conditions sont en elles-mêmes très protectrices du droit antérieur car elles permettent de limiter les abus dans la demande d'une licence de dépendance et d'ailleurs le cumul de toutes les conditions que nous avons déjà étudié y contribue encore plus. Le mécanisme fait réellement preuve d'un souci constant de limitation des abus de la part du demandeur à la fameuse licence, puisque celui qui étant à l'origine de la demande y aura un réel intérêt et pourra, dans ce cas, prouver ce réel intérêt à demander la licence forcée. L'intervention du juge judiciaire, gardien des libertés fondamentales, est en ce sens très protectrice puisqu'il appréciera autant les critères objectifs que subjectifs de délivrance de l'autorisation d'exploiter l'invention dominante.

78. L'étude ne se confine pas à cela puisque le pouvoir d'appréciation du juge peut encore être relevé dans d'autres domaines, notamment dans le champ d'application, l'étendue de l'autorisation qui sera accordée. Sur ce point la loi est riche d'enseignements.

b) Une limitation du champ d'application de la licence.

79. Le tribunal de grande instance, chargé d'étudier la demande, donnera la mesure de la licence de dépendance. Celle-ci se trouve limitée dans son champ d'application par principe puisque c'est une obligation posée par la loi. En outre, le juge est chargé de définir les conditions générales d'attribution et d'exercice de la licence.

80. L'article L. 613-15 du code énonce que le tribunal de grande instance « ...peut accorder...une licence au titulaire du brevet de perfectionnement dans la mesure nécessaire de l'exploitation de l'invention qui fait l'objet de ce brevet ». La disposition légale est univoque. Elle oblige le juge, lorsque celui-ci accorde une licence de dépendance, à ne l'accorder que dans la mesure nécessaire à l'exploitation du brevet de perfectionnement. La solution est heureuse ; le juge a d'emblée l'obligation de limiter le champ d'application de la licence

accordée. L'importance de cette limite est flagrante puisqu'elle est posée bien avant les conditions de fond que sont le progrès technique et économique importants.

Cette première limite posée par la loi permet de tempérer de possibles abus qui émaneraient du second breveté. Celui-ci serait tenter en effet, après l'obtention de la licence, de n'exploiter que l'invention initiale. Le but de la manœuvre serait en fait de contourner le refus d'accorder une licence conventionnelle sur l'invention. Seulement les conditions de fond étudiées plutôt nous montrent que cela reste très hypothétique voire illogique. Qui investirait dans une invention de perfectionnement présentant un progrès technique et économique importants, donc susceptible de rentabilité, uniquement afin de pouvoir exploiter l'invention d'un tiers ? La réponse est évidente et montre bien que la garantie est insurmontable et la protection très forte.

81. Notons que c'est l'exploitation même du second brevet qui compte même si celui-ci doit utiliser tout ou partie de la première invention. Le champ d'application de la licence est donc vu sous une optique économique ; c'est le marché de la seconde invention qui prévaut. Par ailleurs le critère ne doit pas interdire une variation d'exploitation, celle-ci pouvant évoluer avec les besoins du marché.

Ce qu'il faut retenir, c'est que la licence est limitée à la mesure nécessaire à l'exploitation de la seconde invention et pas plus. Et pour ceux qui sont sceptiques quant à l'efficacité de ce tempérament, d'autres limites interviennent et cela toujours afin de garantir le droit du breveté initial.

82. L'article L. 613-12 du code, applicable en la matière, donne au juge un réel pouvoir d'intervention. Au-delà de sa fonction d'étude de la demande en toutes ses conditions, l'alinéa 2 de l'article l'oblige à déterminer les conditions de mise en œuvre de la licence. Il intervient donc clairement en la matière puisque la loi énonce de la manière suivante : « la licence est accordée à des conditions déterminées, notamment quant à sa durée, son champ d'application et le montant des redevances auxquelles elle donne lieu ». C'est comme si le juge devait apprécier toutes les conditions déterminantes d'un contrat. La liste de l'article L. 613-12 n'est pas exhaustive mais elle énumère les points essentiels sur lesquels le juge doit se prononcer.

83. Son pouvoir ne s'arrête pas là puisque ce qui lui est permis de faire, il peut le défaire. L'alinéa 3 de l'article précité permet une modification des conditions d'attribution de la licence par le tribunal de grande instance sur requête du propriétaire du brevet initial ou bien

du licencié. Notons ici que la mesure est tout aussi protectrice des intérêts du breveté initial que de ceux du titulaire du brevet de perfectionnement.

84. L'article L. 613-14 du code de la propriété intellectuelle ajoute, pour mieux protéger le breveté initial, que si le second breveté ne satisfait pas aux conditions auxquelles la licence a été accordée, le propriétaire du brevet et, le cas échéant, les autres licenciés peuvent obtenir le retrait de la licence. La sanction est importante et il suffit au juge de constater la carence du second breveté pour y procéder. Lourde de conséquence, la sanction assure a posteriori, c'est-à-dire après l'attribution de la licence, la protection du droit du breveté initial avec une relative efficacité.

85. De façon plus protectrice, le régime de transmission de la licence de dépendance est très strict. La précaution est de rigueur. Le but, là encore, est la sauvegarde du droit du breveté initial. D'abord l'article L. 613-13 du code dispose que la licence accordée est non exclusive. Nous comprenons bien les raisons d'une telle disposition puisque le fait d'attribuer une licence qui serait exclusive reviendrait à interdire une liberté d'exploiter du breveté initial. Cela voudrait en effet dire qu'il ne pourrait plus concéder de licence contractuelle.

86. Ce même article L. 613-13, et surtout l'article L. 613-15 du code énoncent ensuite que la licence ne peut être transmise qu'avec le droit auquel il est attaché, c'est-à-dire le brevet de perfectionnement. La mesure est là aussi très protectrice puisqu'elle empêche la transmission de la licence de façon indépendante par rapport au brevet de perfectionnement. La transmission de la licence doit rester très encadrée et il est très utile qu'elle reste toujours attachée au brevet de perfectionnement car c'est bien en contemplation de ce dernier qu'elle a été accordée. Il serait contraire à l'esprit de la loi de permettre sa transmission à un tiers qui ne se verrait pas transmettre le perfectionnement. Celui-ci, par l'exploitation qu'il en ferait, provoquerait une concurrence désastreuse et injustifiée pour le propriétaire du premier breveté. La licence ne lui serait pas transmise pour l'exploitation du perfectionnement en lui-même ce qui est en totale contradiction avec la finalité du mécanisme.

87. Nous avons pu montrer comment le droit des brevets s'organisait. Un droit à finalité assignée. Un droit conférant un monopole d'exploitation pour promouvoir le progrès, l'épanouissement technologique de la société. Le moyen d'y parvenir, la concurrence. Une concurrence dont les limites sont justement fixées par l'octroi d'un droit exclusif. Tout cela constitue bien un ensemble, un mécanisme devant être sauvegardé et protégé. La loi est

imprégnée de ces considérations et prend bien en compte cette nécessité de sauvegarde du droit antérieur. Toutes les conditions devant être remplies pour permettre l'octroi d'une licence de dépendance nous le prouvent. Le mécanisme juridique est à ce titre infiniment respectueux du droit de la concurrence. Cependant sa conformité avec ce droit doit, dans une seconde approche, s'examiner au travers de son application, c'est-à-dire la limitation du droit antérieur. Etudions alors dans un chapitre second le respect du droit de la concurrence par la limitation du brevet antérieur.

CHAPITRE SECOND.- LE RESPECT DU DROIT DE LA CONCURRENCE PAR LA LIMITATION DU BREVET ANTERIEUR.

88. Nous pourrions justement penser que la mise en œuvre du mécanisme entre en conflit avec le droit de la concurrence, car il vient limiter, et seulement limiter, le droit du breveté initial. En effet, nous avons vu que la propriété industrielle et plus précisément le droit des brevets était fille de la liberté du commerce et de l'industrie, de la libre concurrence ; qu'elle était instituée pour poser les bastions d'une limite à une concurrence trop exacerbée. C'est une sorte de rempart à une concurrence absolue pour inciter et promouvoir le progrès technique. Dans cette optique le droit des brevets et à plus forte raison le droit du breveté initial paraissent intouchables.

89. Il n'en est rien ; les principes sont édictés pour subir des exceptions car lorsqu'il est question de licence de dépendance, c'est bien en termes d'exception au droit d'un breveté qu'il faut raisonner. Les articles 30 et suivants de l'accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce ne nous détrompent pas à cet égard. L'exception vient pleinement jouer son rôle lorsque le droit du breveté s'écarte de sa finalité qui était de limiter une concurrence trop exacerbée. Une concurrence sans limite nuirait à l'innovation technologique et surtout à la divulgation des inventions afin d'assurer le progrès.

90. Malgré tout le mécanisme de la licence de dépendance n'est pas exempt de critiques tant sa mise en œuvre pêche par ses incertitudes. Nous ne voulons pas dire que la limitation qu'il fait du brevet initial est incertaine, mais qu'au-delà de cela, il est source d'insécurité juridique pour les éventuels licenciés contractuels du breveté initial. On peut réellement se dire qu'ils se trouvent lésés par la licence judiciaire. En ce sens l'imprécision de la loi peut paraître choquante.

Il nous faut alors traiter dans une section première de la limitation des prérogatives du breveté initial par la licence de dépendance, c'est-à-dire traiter de la confrontation du droit des brevets à sa finalité. En une seconde section il s'imposera à nous de traiter des dangers d'une disposition laconique.

SECTION PREMIERE.- LE DROIT DES BREVETS CONFRONTE À SA FINALITE.

91. Le mécanisme institué par la loi de 1968 doit pouvoir venir surpasser une situation contraire à ce pourquoi elle le droit des brevets a été assigné lors de sa création. Il doit pallier la défaillance ou plutôt la déviance du droit du breveté initial. Cela témoigne, de la part des pouvoirs publics et du législateur, d'une volonté clairement affirmée de recherche continue du progrès technique par un jeu de la concurrence, certes encadré mais profondément ancré dans une vision libérale.

92. Par ailleurs le mécanisme n'est pas une construction typiquement française puisque nous avons déjà vu que d'autres pays connaissaient ce genre de licence forcée. L'accord ADPIC ne néglige pas non plus cette possibilité de limitation de droits. Le droit communautaire devait donc naturellement s'en préoccuper puisque les institutions communautaires édictent des normes de droit de la concurrence pour le marché commun et se sont prononcées au sujet de licences forcées.

Nous nous attacherons alors à montrer plus précisément que toutes ces préoccupations participent d'une recherche continue du progrès et de la concurrence dans un paragraphe premier, puis dans un paragraphe second nous prendrons le temps de montrer de quelle manière le droit communautaire appréhende le mécanisme.

I. -LA CONTINUELLE RECHERCHE DU PROGRES ET DE LA CONCURRENCE.

93. La recherche du progrès et de la concurrence est un souci constant du législateur, et le statut français des brevets en témoigne. L'institution, dès 1968, de la licence de dépendance pour perfectionnement nous conforte encore dans notre position. Le droit des brevets représente autant de positions qui viennent encadrer une concurrence beaucoup trop libre qui nuirait à la divulgation d'inventions et donc à l'épanouissement de la société. C'est pour cela que l'on répète que le droit des brevets est en conformité avec le droit de la concurrence ; il en est une branche.

94. La licence de dépendance vient quant à elle surpasser la déviance du droit du breveté initial. Lorsque celui-ci s'extrait de sa finalité que l'on a évoqué, il faut trouver un palliatif. Le système viole sa finalité, devient défaillant lorsqu'il bloque le progrès technologique. Il demeure une restriction à une concurrence trop excessive, mais sclérose de façon abusive le progrès et l'épanouissement de la société. La licence de dépendance

intervient donc dans un but affirmé de promotion du progrès par la sanction d'un abus tout en demeurant dans une optique de compromis. Il nous faut donc voir en quoi ce compromis a été recherché à travers un mécanisme sanctionnateur d'abus.

a) Un mécanisme sanctionnateur d'abus.

95. Le mécanisme est sûrement un moyen de limiter les prérogatives d'un titulaire de droits, mais il doit plus, à notre avis, être perçu comme le moyen de sanctionner un abus. Mais de quel genre d'abus s'agit-il alors ? Ce que nous pouvons commencer par dire c'est que toute prérogative, tout droit est susceptible de dégénérer en abus. La maxime juridique est heureuse et nous conforte dans l'idée qu'aucun droit n'est absolu, pas même le droit de propriété. Ici c'est la loi qui veut qu'une telle sanction puisse exister et c'est au juge de décider de l'opportunité d'une telle sanction. Le juge apprécie donc la teneur de l'invention dépendante pour savoir s'il faut accorder ou non une licence. La demande doit avant tout lorsque aucun accord amiable n'a été trouvé entre le breveté dominant et le breveté dépendant sur une autorisation d'exploiter. Il faut donc pouvoir justifier d'un refus catégorique du breveté dominant d'accorder une licence d'exploitation.

Les prérogatives sont ainsi faites ; le droit des brevets est avant tout un monopole d'exploitation c'est-à-dire la faculté, pour le titulaire des droits sur une invention nouvelle, d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de son invention.

96. Dans le fameux « Vocabulaire juridique » de l'association Henri CAPITANT, la notion d'abus est définie comme l'usage excessif d'une prérogative juridique, ou encore comme une action consistant pour le titulaire d'un droit, d'un pouvoir, d'une fonction à sortir dans l'usage qu'il en fait, des normes qui en gouvernent l'usage licite. En droit civil nous pourrions même résumer cela par l'exercice régulier d'une prérogative afin d'atteindre un but illicite.

97. En l'espèce, l'exercice du monopole d'exploitation dont le breveté dominant est titulaire est licite puisque c'est en vertu de la loi qu'il a le droit d'autoriser et d'interdire. Mais sort-il des normes qui gouvernent l'usage licite de la prérogative ? Exerce-t-il régulièrement une prérogative afin d'atteindre un but illicite ?

Nous ne le pensons pas. Il n'y a pas d'intention d'atteindre un but illicite, mais une ferme volonté de conservation d'un avantage concurrentiel. On ne peut juridiquement définir la notion d'avantage concurrentiel, cependant nous pouvons dire que l'invention brevetée lui

confère une priorité, une exclusivité d'exploitation durant une période de vingt ans, et il est légitime de vouloir conserver une telle avance sur ses concurrents. L'exercice de la prérogative, ne peut être, de cette façon, abusif puisqu'il est grandement légitimé. On pourrait alors se demander si au-delà d'un simple abus la situation est qualifiable d'abus de dépendance économique ou d'abus de position dominante au regard du droit de la concurrence interne qui incrimine de tels abus.

98. L'abus de dépendance économique est, à notre avis, à exclure bien que la situation en reste assez proche. En effet la notion se définit comme l'exploitation abusive de l'état de dépendance qui se définit lui-même comme l'absence d'autonomie de comportement d'une personne par rapport à une autre, résultant de sujétions financières ou autres ; plus spécifiquement entre partenaires économiques²⁴.

L'abus de dépendance économique est une pratique anticoncurrentielle consistant, pour une entreprise, à soumettre son partenaire obligé à des conditions commerciales injustifiées ou à rompre les relations commerciales²⁵. En l'espèce il n'y a pas de partenariat économique entre les deux protagonistes. En revanche la situation accuse une sujétion technique qui implique une sujétion en quelques sortes économique puisque le breveté dépendant ne peut exploiter commercialement son perfectionnement.

99. S'agit-il alors d'un abus de position dominante ? On ne peut déduire du refus d'accorder une autorisation d'exploiter, un abus de position dominante. De plus la définition de la notion nous interdit de penser le contraire. En effet il s'agit d'une pratique illicite consistant dans l'utilisation, par une entreprise, de sa position dominante pour se procurer un avantage que le jeu normal de la concurrence ne lui aurait pas permis d'obtenir ; de façon plus générale, adoption par une entreprise d'un comportement restrictif de concurrence²⁶. En l'espèce, le premier breveté détient déjà un avantage concurrentiel, et ne cherche pas à obtenir plus. Il a peut être une position en ce qu'il est le seul à pouvoir exploiter une invention, mais il n'en abuse pas.

Comment définir alors la situation qui nous intéresse ? Nous savons qu'il y a une dépendance technique, dans la mesure où le second breveté ne peut exploiter son invention sans l'exploitation du premier brevet. Nous savons aussi que le premier breveté est tout à fait

²⁴ « Vocabulaire Juridique », Association Henri CAPITANT.

²⁵ Op. Cit.

²⁶ Op. Cit.

en droit d'interdire l'exploitation de son brevet par un tiers ; c'est un peu la fonction essentielle de sa prérogative, de son monopole d'exploitation. Cela ne constitue pas en principe un abus.

100. Malgré cela des considérations supérieures sont à prendre en compte. D'abord la seconde invention, conformément aux conditions d'attribution de la licence que son progrès technique et économique importants, représente une avancée technologique telle, une aubaine si considérable pour la collectivité, l'intérêt général, qu'il semble nécessaire qu'elle soit exploitable. La divulgation de l'invention perfectionnante semble alors être une priorité. Nous le comprenons aisément ; le droit des brevets est conçu pour assurer à la société un progrès technique de façon plus ou moins continue. Lorsqu'un droit antérieur, lui aussi concédé pour le progrès de la société, empêche la divulgation d'une autre invention témoignant d'un progrès technique important par rapport à la première invention ; le système trouve sa faille, il est limité par lui-même. Le risque est important, c'est la sclérose du progrès technique par une restriction trop forte de la concurrence qui doit justement dans ce cas là trouver ses limites. En cas contraire la société ne pourra pas profiter de façon immédiate du perfectionnement, mais seulement à l'extinction du monopole et encore.

101. La situation est fâcheuse et le refus d'accorder une autorisation d'exploiter serait alors qualifiable d'abus de dépendance technique. La notion est nous le pensons inédite mais elle a le mérite de bien traduire la situation. Notons par ailleurs, que la licence de dépendance semble spécialement adaptée pour les inventions touchant à la recherche fondamentale, à l'industrie de pointe, aux domaines où l'innovation est une recherche constante des industriels afin d'être plus concurrentiels. Il est donc naturel que dans des domaines qui touchent particulièrement à la recherche génétique, à la santé par exemple la protection d'un perfectionnement présentant un progrès technique très important soit assurée. L'abus peut être aisément caractérisé et la sanction est là : la limitation de la prérogative fondamentale du premier breveté c'est-à-dire son droit d'interdire l'exploitation d'une invention. La conséquence est importante. On limite un intérêt privé pour en favoriser un autre afin de permettre la prédominance de l'intérêt collectif par une recherche continue du progrès.

102. Le problème qui demeure avec tout cela est que l'on fait prévaloir un intérêt privé sur un autre bien qu'il soit surplombé de l'intérêt général. La recherche d'un compromis est donc indispensable ; on ne peut accorder une telle licence c'est-à-dire promouvoir

pleinement le progrès et la concurrence, sans se soucier d'une certaine équité entre les protagonistes.

b) la recherche d'un compromis.

103. Le législateur a certes pris en compte l'intérêt du second breveté, en lui permettant d'exploiter son invention par la limitation des prérogatives du premier breveté, cependant, comme nous l'avons vu, il n'a pas permis que l'on accorde une telle licence sans concessions. Les conditions d'obtention de la licence sont à cet égard de nouveau à faire remarquer. En effet, le souci de protection du titulaire du droit antérieur est toujours présent ; l'équité est déjà à ce stade un point fondamental du raisonnement.

104. C'est bien la recherche d'un compromis qui est caractérisée et elle passe par l'équité. Le souci d'une quête d'une situation équitable ne se limite pas à cela. Nous avons relevé le rôle du juge en matière de délimitation du champ d'application, de l'étendue de la licence de dépendance même, qui serait accordée. Là aussi l'équité reste une préoccupation fondamentale du juge. Il est amené à intervenir plus tard à la demande des différents protagonistes sur les effets de la licence forcée ou plutôt ses conditions d'application effectives. Deux dispositions du code de la propriété intellectuelle illustrent cela. Mais ce qui est le plus caractéristique est bien le fait que l'intervention du juge se fait sous la maxime de l'équité.

105. Dans un premier temps nous pensons à l'article L. 613-15 alinéa 3 qui offre la possibilité, aussi bien au titulaire du brevet dominant qu'au second breveté, de revenir sur la décision d'attribution de la licence dans ses conditions c'est-à-dire la durée de la licence, les redevances qui seront dues, etc.. Cette possibilité de révision des termes du « contrat »²⁷ par les deux parties est très illustrative et démontre assez bien que lorsque les conditions pratiques d'exploitation de la licence changeront, les avantages et les inconvénients pour chacun pourront être sensiblement différents. La donne peut changer assez rapidement en fonction du succès économique de l'invention, ainsi la durée, le montant des redevances ou tout autre élément pourront se révéler beaucoup moins avantageux pour les parties. Les modalités d'exploitation doivent alors pouvoir changer pour assurer le meilleur compromis entre les protagonistes. L'équité, on le voit bien, surpasse ici le tout.

²⁷ La comparaison avec un contrat est inexacte car en l'espèce il n'y a pas d'échange de consentement. Cependant elle est pertinente puisqu'elle rend compte d'une situation assez proche concernant les éléments qui détermineront les modalités d'application de la licence et les relations qu'il pourra y avoir entre les deux protagonistes. D'ailleurs la référence au terme de licence n'est pas anodine.

106. Dans un second temps, l'article L. 613-14 du code nous montre tout aussi significativement l'importante part faite à l'équité et à la recherche d'un compromis. Cet article est dédié au breveté dominant. Il lui permet, lorsque le second breveté ne satisfait pas aux conditions auxquelles la licence a été accordée, d'obtenir le retrait de la licence accordée. Cette disposition est très protectrice des intérêts du propriétaire du brevet dominant, puisque si les conditions auxquelles a été accordée la licence ont été bafouées il pourra reconstituer la totalité de l'exclusivité de son monopole. Si le compromis recherché par le juge, lors de l'attribution de la licence, est rompu, la sanction peut être immédiate ; la constatation de l'infraction à la « loi du contrat » devrait suffire.

Notons que le retrait de la licence se fait là aussi par voie judiciaire. Il est tout aussi pertinent de relever que le ou les licenciés du premier breveté peuvent aussi demander le retrait de la licence de dépendance. Ils sont tout aussi concernés puisque tout comme le breveté initial, ils pourront se sentir lésés par le non-respect des conditions par le breveté dépendant. Ces deux dispositions permettent la révision et le retrait de la licence reflètent de manière flagrante la préoccupation du législateur en matière d'équité entre les deux protagonistes.

107. Malgré tout, ce qui doit retenir le plus notre attention à ce stade de la démonstration reste la faculté de demander la réciprocité pour le breveté dépendant. Le fait que des redevances doivent être reversées par le second breveté nous montre déjà à quel point une contrepartie pécuniaire est nécessaire à l'octroi d'une licence de dépendance pour perfectionnement. Le compromis, l'équité sont en ce point très recherchés. Cependant lorsque nous voulons parler de réciprocité, terme très connoté d'équité et de souci de compromis, c'est de la faculté pour le premier breveté de demander une licence sur le perfectionnement. Cette faculté est rendue possible par l'article L. 613-15 du code. La concession de la licence sur le perfectionnement passe évidemment par une requête devant être présentée devant le tribunal de grande instance. Bien entendu, pour se faire, le second breveté doit avoir reçu l'agrément quant à la demande initiale de la licence forcée. Il s'agit donc ici d'une demande incidente.

108. Malgré cela le législateur a fait preuve de laconisme en ne mentionnant uniquement que la faculté sans en régler les modalités. Suffit-il pour bénéficier de la licence sur le perfectionnement qu'il justifie de sa qualité de propriétaire du brevet sur lequel une

licence de dépendance a été octroyée ? M. Marc SABATIER²⁸ pense qu'il n'est pas nécessaire que la demande du premier breveté passe par une consultation du ministère public, ni qu'existe un intérêt public, ni même toutes les autres conditions auxquelles doit répondre le premier breveté lors de sa demande de licence.

109. Nous pensons que sa position est la bonne car l'alinéa 2 de l'article L. 613-15 du code de la propriété intellectuelle dispose in fine que « le propriétaire du premier brevet obtient sur requête présentée au tribunal, la concession d'une licence sur le brevet de perfectionnement ». Le ton est clair et très affirmatif : il obtient la concession d'une licence sur requête. Est-ce à dire que la requête entraînerait automatiquement une telle concession ? Non, certainement pas. L'alinéa 3 dit bien que l'article L. 613-12 est applicable. Celui-ci exige la justification d'un défaut d'accord amiable et la preuve que le demandeur est en état d'exploiter l'invention de manière sérieuse et effective.

Comme M. Marc SABATIER, nous pensons que la première exigence est superflue car elle aura déjà été prouvée par le titulaire du brevet de perfectionnement. Cependant le titulaire du brevet dominant devra être en mesure de prouver au juge qu'il est en état d'exploiter l'invention de manière sérieuse et effective. A ce sujet nous pouvons rationnellement penser que cette preuve lui sera facile à fournir puisqu'il exploite déjà l'invention de base ; s'il peut perfectionner son invention il l'exploitera sûrement puisqu'il sera déjà sur le marché. Ici c'est l'intérêt de l'économie qui justifie une telle exigence.

110. Un autre problème se pose. Celui de savoir si le breveté dominant serait recevable à une demande principale de concession de licence forcée sur le brevet de perfectionnement dont le titulaire serait inactif. L'article L. 613-15 du code n'a pas prévu une telle situation, nous pouvons donc penser qu'il n'est pas applicable et qu'il serait seulement possible au premier breveté d'agir afin de demander une licence obligatoire pour défaut d'exploitation. Le second breveté pourrait cependant soutenir qu'il avait des excuses légitimes pour ne pas exploiter : l'état de dépendance de son invention. La solution n'est pas certaine, puisque le législateur ne semble pas avoir pensé à une telle hypothèse ou du moins ce n'était pas la première de ses préoccupations en 1968.

111. L'optique du législateur est donc bien celle d'une recherche de compromis entre les deux parties. Un compromis résolument tourné vers une équité. La solution nous

²⁸ Marc SABATIER, « L'exploitation des brevets d'invention », p. 208 et 209.

semble bonne puisqu'elle prend en compte tous les intérêts en cause. La mise en œuvre du mécanisme est donc très encadrée et nous le comprenons, cependant qu'en est-il du point de vue du droit communautaire ? Le mécanisme choque-t-il les règles impératives de ce droit ? Nous proposons de tenter d'y répondre dans un second paragraphe.

II.- L'APPREHENSION DU MECANISME PAR LE DROIT COMMUNAUTAIRE.

112. Dans notre chapitre premier nous avons pu constater que la protection de la propriété industrielle et commerciale était grandement prise en compte par le droit communautaire, et que la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes avait consacré la théorie de l'épuisement des droits afin de concilier les exigences du marché commun et celle de la protection du droit des brevets. Nous avons aussi pu voir que le droit communautaire différenciait, à propos des droits de propriété intellectuelle de façon générale, l'existence de l'exercice des droits. L'existence étant laissée aux législations des Etats membres, seul l'exercice des droits de propriété industrielle est de la compétence communautaire. A ce titre, nous pouvons légitimement s'interroger sur l'appréhension du mécanisme de la licence de dépendance par le droit communautaire.

113. La question de cette appréhension concernant l'existence ne se pose donc pas, puisque chaque Etat membre juge de l'opportunité de créer un tel mécanisme de propriété industrielle. Concernant l'exercice de ce droit, il nous faut nous demander si un tel type de licence forcée heurte les conceptions et les règles de droit communautaire. A vrai dire nous ne le pensons pas et trouvons qui plus est qu'il s'en accomode très bien. La directive communautaire du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques nous conforte dans notre position.

a) Un mécanisme conforme aux conceptions de droit communautaire.

114. Comme nous venons de la rappeler, si nous devons, nous interroger sur la conformité d'une telle licence avec le droit communautaire, c'est bien dans son exercice qu'il faut le faire. L'existence d'une telle licence doit demeurer compétence étatique.

115. Nous l'avions déjà annoncé ; nous pensons que le mécanisme ne heurte pas réellement les concepts communautaires. Ceux-ci sont essentiellement d'ordre concurrentiel puisque c'est bien à partir d'une communauté économique basée sur le libre échange qu'est née la Communauté Européenne et le droit communautaire. Rappelons pour cela quelques articles du Traité des Communautés Européennes. Les articles 28 et 29 du Traité prohibent en

effet les restrictions quantitatives aux importations et exportations, ou toute mesure d'effet équivalent entre les Etats membres. Les articles 81 et 82 prohibent quant à eux les ententes ainsi que les abus de position dominante. L'ensemble de ces règles que nous venons de rappeler, nous montrent à quel point le droit communautaire est un droit d'essence économique basé sur la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté des échanges entre les Etats membres ; c'est-à-dire une libre concurrence. Nous avons aussi vu que la protection de la propriété industrielle et commerciale dérogeait aux prohibitions des articles 28 et 29, en vertu de l'article 30. Le mécanisme de la licence de dépendance vient quant à lui limiter et non anéantir les prérogatives du titulaire d'un brevet dominant.

Un mécanisme venant limiter le monopole d'exploitation et un droit communautaire hautement concurrentiel naturellement contraire à toute idée de monopole. Les éléments sont réunis, et la démonstration est pratiquement inutile. La licence de dépendance, dans ses effets, se conforme à l'idée directrice du droit communautaire. Un mécanisme venant limiter un monopole, certes faisant l'objet d'une protection légitimée (article 30 du Traité), ne peut être que conforme au droit communautaire. Rien n'est réellement explicité dans le Traité à ce sujet, mais tout nous conduit à penser que le mécanisme participe d'une même logique que le droit communautaire ; une libre concurrence. Ici la liberté de perfectionner s'apparenterait à une liberté offerte à tous de faire concurrence.

L'adoption de la directive relative à la protection des inventions biotechnologiques du 6 juillet 1998 nous conforte dans notre position, puisqu'une disposition consacre le mécanisme de la licence de dépendance, cependant nous nous attarderons sur ce point un peu plus tard.

116. En effet, en attendant une question se pose à nous. Il s'agit de savoir si la théorie de l'épuisement des droits joue à plein lorsqu'une licence de dépendance a été octroyée. C'est en fait la question de savoir si la licence de dépendance produit pleinement toutes les conséquences qu'on pourrait lui connaître. Se serait l'hypothèse où le licencié, en exploitant aurait effectué la première mise sur le marché du brevet dominant et par conséquent épuisé le droit du premier breveté. Si la concession d'une licence contractuelle entraîne l'épuisement du droit du breveté, il n'est pas permis d'en être sûr s'agissant de licence forcée. Cela découle du fait que l'épuisement du droit doit avoir pour fondement l'exercice volontaire du droit par le premier breveté ce qui n'est pas le cas en l'espèce. La Cour de Justice des Communautés Européennes conforte cette vision du problème.

117. Dans l'arrêt « Pharmon » du 9 juillet 1985, la Cour de Justice devait se prononcer sur le point de savoir si la fabrication et la commercialisation par le titulaire d'une licence obligatoire affectant un brevet parallèle entraîneraient l'épuisement du droit du breveté, c'est-à-dire interdisaient le titulaire du brevet dominant de s'opposer à l'importation des produits mis sur le marché par le licencié. La théorie de l'épuisement des droits impose que la première mise sur le marché ait été réalisée par son titulaire ou avec son consentement. Il est semble-t-il inconcevable que la commercialisation par le titulaire d'une licence obligatoire puisse avoir pareille conséquence. La Cour de Justice des Communautés Européennes s'est prononcée en ce sens et reste dans la droite lignée de sa jurisprudence relative à l'épuisement des droits de propriété industrielle.

118. La solution est la bienvenue puisqu'elle apparaît extrêmement protectrice des intérêts du premier breveté et cela est légitime, malgré tout elle concernait un cas de licence obligatoire. Cela n'est pas une licence de dépendance bien que cela reste une licence forcée, mais la solution semble transposable même si dans la plupart des cas le premier breveté aura déjà exploité et donc l'épuisement aura produit tous ses effets. Nous venons de voir de quelle façon le Traité des Communautés Européennes et la jurisprudence de la Cour de Justice appréhendaient le mécanisme de la licence forcée. Il nous incombe à présent d'étudier le rôle de la directive du 6 juillet 1998 sur la protection des inventions biotechnologiques dans l'appréhension du mécanisme par le droit communautaire.

b) Le rôle de la directive du 6 juillet 1998.

119. La directive du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques, est dans le droit communautaire, la norme qui prend réellement en compte le mécanisme de la licence de dépendance. Elle est clairement explicitée au chapitre troisième intitulé : « Licences obligatoires pour dépendance ». Il s'agit de l'article 12 de la directive. Cet article est composé de trois paragraphes ; les deux premiers posent les conditions générales d'obtention de la licence, et le troisième les conditions spécifiques à remplir. Le rôle de cette directive dédiée à la protection des innovations biotechnologiques peut se décliner en plusieurs points.

120. Tout d'abord, et ce sont les deux premiers paragraphes de l'article 12 qui nous le montrent, la « licence obligatoire pour dépendance » voit son champ d'application élargit. La directive donnée aux Etats membres est claire. Si la législation interne d'un Etat membre ne prévoit pas de telle licence, il devra la modifier, mais aussi, de façon plus conséquente, la

licence de dépendance qui en France n'existe que pour le brevet devra être étendue au droit des obtentions végétales. Cette extension est telle qu'elle est possible dans les deux sens. En effet, dans le paragraphe premier il est permis à un obtenteur de demander le bénéfice d'une licence obligatoire pour dépendance au titulaire d'un brevet antérieur, lorsqu'il ne peut obtenir ou exploiter un droit d'obtention végétale sans porter atteinte à ce brevet.

121. Le paragraphe second, lui, procède d'une inversion : la symétrie est parfaite. Le titulaire d'un brevet portant sur invention biotechnologique, lorsqu'il ne peut l'exploiter sans porter atteinte à un droit d'obtention végétale antérieur sur une variété, peut demander une licence obligatoire pour l'exploitation de son brevet.

Cette extension du champ d'application aux obtentions végétales nous montre à quel point le domaine des biotechnologies est particulier. Les imbrications qui peuvent exister entre les obtentions végétales et les biotechnologies sont telles qu'il a semblé indispensable aux institutions communautaires de permettre l'accès à une protection sur le vivant.

122. Cette disposition qu'est l'article 12 ne peut cependant pas s'expliquer que par ce biais. La directive institue de façon claire et précise un régime de licence obligatoire pour dépendance dans le domaine des biotechnologies afin de soulager des situations de blocage pouvant naître dans de tels domaines. La problématique est, de façon plus générale, la même bien que des particularismes soient à relever. La directive a permis la protection des inventions biotechnologiques par le biais d'un droit privatif qu'est le brevet. Cette protection fait suite à de fortes pressions pratiquées par les grands groupes industriels et pharmaceutiques. La protection du vivant n'a pas été obtenue sans concessions ; cela est passé par une baisse du niveau des exigences de brevetabilité. Tout cela pour permettre de breveter indirectement les séquences de gènes. La protection est accordée justement pour l'isolation d'une telle séquence associée au procédé permettant cette isolation. Pour quelles raisons ? Afin de protéger les investissements considérables consacrés à la recherche pour permettre de sécuriser les recherches en matière d'application industrielle de la séquence d'ADN isolée.

123. Un autre point sur lequel la directive du 6 juillet 1998 nous éclaire formidablement bien sont les conditions d'obtention de la licence obligatoire pour dépendance. Celles-ci, par rapport à celles posées par l'article L. 613-15 du code de la propriété intellectuelle, changent quelque peu. Comme dans notre législation nationale, la

licence accordée sera non exclusive et nous avons déjà expliqué pour quelles raisons²⁹. Aussi la licence doit être nécessaire à l'exploitation du perfectionnement, et doit donner lieu au versement des redevances appropriées. Là aussi la réciprocité est consacrée.

124. Le paragraphe troisième de l'article 12 de la directive pose les conditions spécifiques d'obtention de la licence. Il oblige à prouver qu'il a été vainement demandé une licence contractuelle au titulaire du droit antérieur. Par ailleurs, l'invention doit présenter un progrès technique important et un intérêt économique considérable par rapport à l'invention revendiquée dans le brevet ou la variété végétale protégée. Le paragraphe quatrième laisse, quant à lui, liberté aux Etats membres de désigner l'autorité compétente pour l'octroi de la licence.

125. Par analogie avec l'article L. 613-15 du code, nous constatons que certaines conditions ont disparus. Par exemple le délai de 3 ans (à compter de l'obtention du titre) ou de 4 ans (à partir du dépôt de la demande) avant de pouvoir solliciter la licence forcée. Aussi il n'est plus question que soit entendu le ministère public. Que dire si ce n'est que cela simplifie l'obtention de la licence? Les institutions communautaires estiment sûrement que le perfectionnement doit être le plus rapidement exploitable ; de cette façon cela participe encore plus à l'idée de progrès et de concurrence accrue mais encadrée.

126. Qu'en fera la législation française par la transposition ? Maintiendra-t-il cette position ? Pour répondre à cette interrogation attardons-nous quelque peu sur le projet de loi relatif à la protection des inventions biotechnologiques transposant la directive.

L'article 8 du projet modifie l'article L. 613-15 du code en insérant un article L. 613-15-1 qui énonce : « lorsqu'un brevet fait obstacle à l'obtention ou l'exploitation d'un droit sur une variété végétale, la concession d'une licence de ce brevet peut être demandée dans la mesure où cette licence est nécessaire pour l'exploitation de la variété végétale à protéger et pour autant que la variété constitue à l'égard de ce brevet un progrès technique important et présente un intérêt économique certain ».

L'article 9 poursuit dans les mêmes termes en insérant un article L. 623-22-1 au sujet d'un droit d'obtention végétale faisant obstacle à l'exploitation d'un brevet portant sur une invention biotechnologique.

²⁹ Voir supra n° 34, 35 et 36.

L'article 10 quant à lui modifie l'article L. 613-15 de la sorte : « Lorsque le titulaire d'un brevet ne peut l'exploiter sans porter atteinte à un brevet antérieur dont un tiers est titulaire, le tribunal de grande instance peut lui accorder une licence d'exploitation du brevet antérieur dans la mesure nécessaire à l'exploitation du brevet dont il est titulaire et pour autant que cette invention constitue à l'égard du brevet antérieur un progrès technique important et présente un intérêt économique certain ». La directive communautaire est de façon générale bien transposée ou plutôt bien transposable en droit français.

Les conditions de délai et de consultation du ministère public dans l'intérêt public sont supprimées. L'exposé des motifs le justifie par le fait que la notion a un contenu flou et correspond mal au cadre d'un litige privé. Concernant le délai il est spécifiquement fait état que la condition n'est pas justifiée ; elle doit être supprimée.

127. Notons que les dispositions de la directive ainsi que du projet de loi concernant les licences obligatoires de dépendance se conforment à l'article 31 de l'accord ADPIC sur les licences obligatoires et autoritaires obligeant les Etats membres à respecter certaines conditions. Entre autres, les conditions de délai et d'écoute du ministère public ne figurent pas. La directive et le projet de loi sont donc en accord avec la norme de l'OMC, la solution est par-là légitimée, cependant n'oublions pas qu'à l'heure actuelle, le gouvernement a changé en France. Qu'advient-il du projet de loi ? il sera peut-être modifié mais pas dans ses grandes lignes, du moins cela n'est pas souhaitable.

128. Nous venons donc de voir comment le mécanisme devait, selon notre position, être appréhendé comme le moyen de sanctionner un abus, un blocage du progrès technique, d'une concurrence bienfaisante. Nous avons également perçu l'ampleur du mécanisme en droit communautaire par sa consécration dans la directive du 6 juillet 1998. Malgré toutes les législations, qu'elles soient internes, communautaires ou internationales, celles-ci pèchent par leurs incertitudes. Il reste que le mécanisme présente des avantages considérables en matière de progrès et de concurrence. L'ampleur du mécanisme serait encore plus à souligner en matière de biotechnologies, mais des situations incertaines non prévues par le législateur sont de nature à nuire à l'harmonie de l'ensemble.

Il nous incombe alors d'étudier dans une section seconde des incertitudes du palliatif efficace qu'est la licence de dépendance.

SECTION SECONDE.- LES INCERTITUDES D'UN PALLIATIF EFFICACE.

129. L'intitulé susdit peut interpeller par son antagonisme caractérisé, mais il a le mérite de refléter de façon très claire la réalité. D'un côté un mécanisme efficace, sanctionnateur d'abus qui vient pallier des situations de blocage. Mais ce n'est pas tout puisque le débat prend une autre dimension face à la problématique liée aux biotechnologies. De l'autre côté, la face cachée de la licence forcée. Par-là nous voulons parler des incertitudes qu'il projette sur les conséquences qu'il pourrait avoir sur la condition des licenciés contractuels.

Avant de pouvoir étudier précisément l'incertitude législative, c'est-à-dire le problème que la licence de dépendance vis-à-vis des licenciés contractuels dans un paragraphe second, il nous faut examiner de plus près, dans un paragraphe premier, le remarquable rôle donné au mécanisme de la licence de dépendance dans le domaine des biotechnologies.

I.- LE ROLE DU MECANISME EN MATIERE DE BIOTECHNOLOGIES.

130. La directive relative à la protection des inventions biotechnologiques du 6 juillet 1998 a marqué le coup en consacrant le mécanisme en droit communautaire dans la vague d'harmonisation des législations en matière de propriété industrielle. Mais la directive ne s'est pas arrêtée là en instituant la licence forcée. En effet, l'impact est beaucoup plus important que l'on peut le penser. Pourquoi ? Parce qu'en matière de biotechnologies la problématique est encore différente. Exposons alors cette problématique liée aux biotechnologies pour constater que la licence de dépendance est un palliatif incontournable.

a) Exposé de la problématique liée aux biotechnologies.

131. La directive du 6 juillet 1998 relative à la protection des inventions biotechnologiques a permis de façon indirecte de protéger par le biais d'un droit privatif la matière biologique animale et humaine. Les conséquences de l'octroi d'une telle protection sont considérables tant elles ont pu poser et posent encore aujourd'hui des problèmes éthiques jamais vus auparavant. La directive a non seulement permis cette protection, mais a aussi de façon très critiquable abaissé le niveau d'accès à la protection. Cela est dû à la continuelle et forte pression exercée par les grands groupes industriels et les grands laboratoires pharmaceutiques. Ces grands groupes sont à la base de la recherche fondamentale, de la recherche de pointe en matière de techniques appliquées au vivant. Ces recherches sont

essentiellement basées sur le génie génétique. En outre elles sont extrêmement longues (des dizaines d'années parfois) et très coûteuses, c'est pourquoi les grands laboratoires et les grands groupes cherchaient à protéger leurs recherches par un droit privatif ; la meilleure protection. Le travail de lobbying était donc très fort et nous pouvons le comprendre. Qui souhaiterait, en effet, voir le résultat d'un travail de très longue haleine, extrêmement coûteux ne pas être récompensé ? Personne évidemment, l'intérêt des grands laboratoires est de pouvoir bénéficier de la protection de leurs recherches. Il s'agissait de consacrer un principe de juste reconnaissance économique du travail de l'inventeur³⁰.

132. La protection accordée par la directive est en théorie moins forte puisque le niveau d'exigence pour aboutir à la protection est moins élevé. En effet la directive de 1998 permet la brevetabilité indirecte d'un élément du corps humain. Une brevetabilité du corps humain ou d'un élément de celui-ci est clairement prohibée, et nous comprenons bien pourquoi lorsque l'on rapproche le débat éthique tournant autour du sujet. Malgré cela il est permis de breveter un élément du corps humain lorsqu'il est associé au procédé ayant permis son isolation. De façon plus précise il est rendu possible de breveter une séquence d'ADN isolée de l'organisme duquel il est tiré lorsque cette séquence est associée au procédé technique ayant permis cette isolation.

Le niveau de protection est donc clairement abaissé puisqu'il est permis de breveter une simple découverte. En effet qu'est ce que l'isolation d'un gène ou d'une séquence de gène ? Ce n'est que la mise en évidence d'un gène ou d'une séquence de gènes ; c'est-à-dire d'une chose préexistante. Où se trouve la différence avec un archéologue qui sort de terre la dépouille mortelle d'un Pharaon inconnu ? Aucune il s'agit bien d'une découverte non protégeable par le droit des brevets. Rien n'a été inventé. Il est fait abstraction des conditions classiques de brevetabilité. Il n'y a pas d'invention, ni d'activité inventive et encore moins d'application industrielle. Il n'y a que recherche et découverte. Cela est pour le moins très critiquable et pourtant c'est du droit positif ou du moins cela le deviendra.

133. Tentons de mieux comprendre la situation. Le niveau de protection est clairement abaissé puisque ce sont seulement des découvertes qui sont indirectement protégées. Ces découvertes ne sont que de minuscules mais nécessaires pas dans la recherche génétique pour permettre de soigner des maladies très graves. De minuscules pas qui ont mis

³⁰ Marie-Christine CHEMTOB et Alain GALLOCHAT, « La brevetabilité des inventions biotechnologiques appliquées à l'Homme », p. 169.

des dizaines d'années d'investissements avant d'être réalisés, et qui laissent simplement présager les développements d'applications industrielles concrètes et investissements futurs. Il s'agit bien par l'octroi d'une protection de la consécration de la juste reconnaissance économique du travail de l'inventeur. Mais ce n'est pas tout, nous dirons même que c'est le moyen de sécuriser les développements futurs de ces découvertes. L'isolation d'un gène étant protégée, la recherche par le même laboratoire de développements d'applications industrielles ; c'est-à-dire de moyens lui permettant un retour sur investissements sont eux aussi protégés. Le retour sur investissements est donc par-là sécurisé. Le travail de longue haleine de l'inventeur chercheur est donc récompensé.

134. Cependant une telle déviance du droit des brevets, même si elle permet une divulgation des découvertes c'est-à-dire des éléments isolés du corps humain, reste très problématique. En effet, cela pose deux séries de problèmes. Cela pose avant tout des problèmes éthiques puisqu'il est permis de s'appropriier privativement des éléments du corps humain ; chose généralement admise comme devant demeurer patrimoine de l'humanité. Cela pose ensuite des problèmes au niveau des tiers. S'il est permis une telle protection à ce stade des recherches, les situations de blocage du progrès technique et de la libre concurrence sont inévitables. L'institution de la licence obligatoire pour dépendance par la directive de 1998 constitue donc un palliatif incontournable.

b) Un palliatif incontournable : la licence de dépendance.

135. Comme nous venons clairement de l'exposer, la directive du 6 juillet 1998 a instauré une situation très problématique. Cette situation est claire, c'est une situation de blocage, de sclérose du progrès et de la concurrence. Par la mise en œuvre de la brevetabilité du vivant, passant par un abaissement du niveau de protection, c'est l'accès à la protection qui a été facilitée. De cette façon il est offert à tout un chacun, qui en a les moyens de pouvoir breveter un élément du corps humain, une séquence du génome humain ou animal isolé et associé au procédé d'isolation. Cependant cette faculté n'est pas offerte à tous. Elle est réservée aux grands industriels de la recherche génétique et les laboratoires pharmaceutiques. Elle est réservée à ceux qui ont les moyens financiers de pouvoir procéder à des recherches fondamentales coûtant très cher. Elle est réservée à ceux qui étaient les plus avancés sur le marché. En bref, elle est uniquement réservée à certains.

Qu'en penser si ce n'est que la protection est facilitée pour certains et complexifiée pour d'autres ! Ceux qui étaient là les premiers voient enfin leurs efforts récompensés d'un point

de vue économique. Ceux qui ont développé des activités de recherche fondamentale plus tardivement se retrouvent exclus car des découvertes qu'ils auraient pu utiliser sont en fait protégées privativement. Cela peut inciter certaines sociétés à ne pas ou ne plus investir dans ce domaine. En effet, comment convaincre une firme de développer une invention dès lors que celle-ci devra préalablement négocier avec la société tierce titulaire du brevet de base et, dans l'hypothèse où un accord serait obtenu, sachant qu'elle devra grever ce retour sur investissement par le paiement de redevances ? C'est pourquoi les industriels sont réfractaires à l'idée de travailler systématiquement sous licence de sociétés ayant si peu contribué, intellectuellement et financièrement, à la recherche et au développement de la découverte alors que l'ensemble de la tâche leur incombe.

136. La mesure est extrêmement destructrice de concurrence. Dans ces conditions ceux qui veulent développer des applications industrielles concrètes à partir de découvertes protégées se retrouvent fortement contraints par les antériorités que constituent les brevets dominants. La mesure est certainement décourageante de ce point de vue car l'essentiel des recherches est à fournir dans les développements futurs. La concurrence est de ce fait fortement diminuée, et s'il n'y a plus concurrence le développement du progrès et de l'innovation est fortement réduit à son tour.

137. La licence obligatoire apparaît alors que le palliatif idéal de cette situation qui semble inextricable. Cela explique pourquoi la directive, tout en abaissant le niveau d'accès à la protection a consacré le mécanisme pour permettre de passer outre l'inconvénient d'un tel abaissement. Ainsi nous pourrions dire plus la protection est facile à atteindre, plus cette protection est faible et doit facilement se trouver limitée par les revendications d'un titulaire de brevet dépendant.

138. De plus le fait que les conditions de délai et de consultation du ministère public, dans l'intérêt public, aient été supprimées, conformément à l'article 31 de l'accord ADPIC, nous incite à penser qu'il s'agit d'un moyen de faciliter grandement l'accès à la licence forcée dans un domaine où les blocages sont en théorie très fréquents. L'adoption d'un tel mécanisme est donc la bienvenue et son efficacité est en toute théorie redoutable puisqu'elle est de nature à obvier la position dominante des détenteurs de brevets dans le domaine des biotechnologies.

139. Le mécanisme apparaît sans conteste comme le moyen efficace et incontournable d'assurer l'harmonie de l'ensemble du système instauré par la directive du 6 juillet 1998. Malgré tous les effets bénéfiques que nous pouvons concéder au mécanisme de la licence de dépendance, nous ne pouvons passer outre l'incertitude législative qui demeure dans l'orbe de la licence forcée. Cette dernière, dans sa mise en œuvre, pêche potentiellement par des conséquences qui sont de nature à nier les relations qui peuvent préexister entre le breveté dominant et ses licenciés contractuels. Etudions alors dans un paragraphe second l'incertitude du législateur vis-à-vis du licencié contractuel.

II.- L'INCERTITUDE LEGISLATIVE VIS-A-VIS DU LICENCIÉ CONTRACTUEL.

140. Le législateur dans sa grande présence d'esprit semblait avoir songer à tout. Il avait prévu un droit des brevets pour promouvoir le progrès technique par un encadrement libéral de la concurrence. En 1968 il avait institué la licence de dépendance afin de pallier les blocages, de sanctionner la déviance du droit des brevets pour inciter encore plus à l'innovation technique. L'OMC puis le droit communautaire ont ensuite consacré le mécanisme, cependant un problème demeure ignoré et incertain ; qu'advient-il du licencié contractuel du premier breveté ? Il se trouve certainement dans une position contractuelle très désavantageuse. Les obligations qui le lient au breveté initial sont changées et le déséquilibre caractérisé. Il semblerait que nous puissions d'abord dire qu'il se trouve lésé dans ses droits issus du contrat, puis que la doctrine a proposé des solutions.

a) Un licencié contractuel lésé.

141. La mise en œuvre de la licence de dépendance procède, selon nous, d'une idée de sanction en ce sens que le titulaire d'un brevet ne mérite plus en raison de ses défaillances la totalité des prérogatives qui s'attachent au droit. C'est pourquoi les prérogatives du breveté initial sont limitées. La fonction essentielle du monopole d'exploitation qui n'est autre que le droit d'interdire ou d'autoriser l'exploitation de l'invention brevetée est restreinte par la force judiciaire sur requête du titulaire du brevet dépendant revendiquant l'invention initiale pour pouvoir exploiter la sienne propre. L'efficacité du mécanisme est, nous l'avons démontré, à rude épreuve. Malgré tout, le système souffre terriblement d'un manque d'application pratique caractérisé, puisque la jurisprudence n'est jamais réellement intervenue pour nous éclairer sur des éléments quels qu'ils soient.

142. Passons outre cette remarque et notons de manière évidente que si la prérogative essentielle du premier breveté est limitée, ce sont aussi tous les actes antérieurs qu'il aurait pu conclure qui sont entachés de cette restriction. En effet, que penser de la situation contractuelle qui peut préexister entre le breveté initial et son licencié contractuel ? La loi ne dit mot. Silencieuse et incertaine, la loi ne semblait pas avoir envisagé l'hypothèse en question. La situation n'est cependant problématique que dans le cas où c'est une licence exclusive qui a été consentie auparavant. La condamnation judiciaire à consentir une licence de dépendance mettrait le licencié contractuel dans une situation dans laquelle il se sentirait terriblement lésé. En effet, seul bénéficiaire de la technologie et payant des redevances en conséquence, il se retrouve en concurrence avec un tiers. Son contrat de licence n'est pas respecté puisqu'il n'est plus licencié exclusif. Sa jouissance d'une exploitation exclusive du brevet dominant est troublée par une éviction partielle du fait d'un tiers.

143. La situation est difficile à résoudre et on ne peut se réfugier derrière le silence de la loi pour affirmer que la situation est acceptable car elle découle naturellement de la mise en œuvre du mécanisme. Non, la situation est trop génératrice d'insécurité juridique et destructrice de concurrence ; et ce n'est pas parce que la loi n'a pas songé à régler le problème que l'on doit s'y conformer. Des réponses sont à apporter, ainsi l'intervention soit du juge, soit du législateur est souhaitable mais elle se fait attendre depuis 1968. Des propositions doctrinales sont de nature à nous éclairer tant elles font plus ou moins preuve de bon sens.

b) Les propositions doctrinales.

144. La situation, même si elle ne s'est jamais concrétisée, pose problème et n'a pas échappé à la perspicacité de certains auteurs. Si le mécanisme brille par son efficacité potentielle, il se heurte à lui-même, à ses défauts et à son extraordinaire laconisme vis-à-vis du licencié contractuel exclusif. Quels recours lui sont offerts ? Quelles solutions seraient appropriées ? Ce qui est sûr c'est qu'il faut préserver les intérêts du licencié contractuel. Pour tenter de répondre à ce problème étudions ce que certains auteurs pensent du problème.

145. M. Jacques AZEMA³¹ pense tout simplement et sans réellement développer son idée que le licencié exclusif doit se voir ouvrir un droit à réparation. Nous comprenons facilement pourquoi, puisque l'exclusivité, élément fondamental du contrat de licence aura

³¹ Jacques AZEMA, Lamy droit commercial, édition 2001, n°1798, p. 857.

disparue et donc une responsabilité contractuelle pourra être engagée et des dommages et intérêts versés.

146. Messieurs Jean FOYER et Michel VIVANT³² pensent que la solution proposée par M. Jacques AZEMA, qui est d'admettre un droit à réparation au licencié exclusif, ne peut être admise qu'avec réserve. Ils ne justifient pas vraiment cette critique mais ils proposent eux aussi une solution. Ils pensent, en effet, qu'il faudrait procéder à un arbitrage équité assuré par le juge, qui de plus en plus appelé dans le droit moderne à remodeler les contrats, interviendrait ici pour diminuer le prix qui était celui de la licence exclusive.

Mais pourquoi un arbitrage d'équité ? Parce qu'ils pensent que le licencié contractuel exclusif n'a pas réellement droit à la protection que chacun veut bien lui reconnaître. Ces auteurs rappellent qu'il est victime d'une éviction partielle du fait d'un tiers, et certains éléments nous montrent, selon eux, que le breveté ne devrait aucune garantie. Ils pensent tout particulièrement au fait que le trouble causé par le tiers n'est pas imputable au breveté initial et que la cause du trouble est postérieure à la concession de la licence contractuelle. Un arbitrage en équité est donc la meilleure solution selon eux puisqu'une action en garantie contre le breveté ne devrait pas aboutir. Demander au juge une redéfinition plus équitable des termes du contrat s'imposerait. Ils songent par ailleurs à l'hypothèse où le licencié contractuel pourrait avoir des droits sur le brevet de perfectionnement, mais sans développer la question ; ils font simplement remarquer le formidable laconisme de la loi.

147. Un autre auteur va plus loin en étudiant en profondeur l'hypothèse d'une possible reconnaissance de droits au licencié contractuel. Il s'agit de BURST³³. Sa théorie sur ce point est assez élaborée c'est pourquoi elle mérite à notre avis d'être plus longuement exposée. Il met très bien en avant le trouble causé par le mécanisme dans les relations entre les obligés. Il prétend que le licencié exclusif a un droit à revendiquer le bénéfice du perfectionnement d'un tiers, lorsque le breveté initial a obtenu une licence sur le perfectionnement du second breveté. Il se demande par ailleurs si le breveté, lorsqu'il n'a pas demandé de licence réciproque, peut se voir obligé par son licencié exclusif à demander une licence sur le perfectionnement.

148. Sur le premier point, il estime que le principe selon lequel un breveté doit ses perfectionnements à son licencié exclusif reste valable quelles que soient les circonstances

³² Jean FOYER et Michel VIVANT, « Le droit des brevets », p. 387.

³³ Jean-Jacques BURST, « Breveté et licencié », p. 72 et s.

dans lesquelles il a pu les faire entrer en sa possession. Le problème est cependant que le breveté n'exerce sur le perfectionnement qu'un simple droit de jouissance et non un droit de propriété. Mais il passe outre cette remarque pour porter l'argument selon lequel l'obligation de communiquer le perfectionnement demeure. Il l'explique en montrant qu'en cas inverse la licence contractuelle se verrait anéantie puisque le perfectionnement en question présente nécessairement un progrès important par rapport à l'invention originale. On peut légitimement craindre que la commercialisation du perfectionnement ait pour effet de détourner la clientèle de la première. « La conséquence en serait une éviction pure et simple pour le licencié³⁴ », mais l'obligation de garantie du breveté s'oppose pour BURST à semblable perspective. Ainsi le breveté initial, bénéficiant d'une licence sur le perfectionnement aurait l'obligation de le communiquer malgré la disposition qui interdit de le faire sans la transmission du brevet auquel il est attaché. Pour l'auteur l'obligation est évidente.


149. Sur le second point, la question est plus délicate. En effet BURST s'interroge sur la faculté qu'aurait le licencié contractuel à obliger son concédant à demander une licence sur le perfectionnement et lui en faire profiter par le biais d'une sous-licence. Il estime que le breveté se trouve obligé à demander une licence sur le perfectionnement. Ce dont il se persuade par ailleurs c'est que le licencié contractuel ne peut contraindre directement son donneur de licence à demander une licence sur le perfectionnement. Effectivement, une obligation de faire ne peut, selon l'article 1142 du code civil, se résoudre que par des dommages et intérêts. Mais pour l'auteur la crainte d'une condamnation à des dommages et intérêts devrait le contraindre à demander la licence. Même si BURST consacre une théorie selon laquelle le breveté serait obligé, en vertu de son contrat de licence, à demander une licence sur le perfectionnement, l'interdiction de concéder une sous-licence reste problématique. La situation paraît inextricable, mais l'auteur soutient fermement que la solution préconisée constitue « un juste retour de choses ». « Par la licence de dépendance, le concessionnaire se voit retirer l'une de ses prérogatives essentielles : son exclusivité. N'est-il pas équitable qu'en contrepartie il profite d'un avantage qui lui serait normalement refusé ?³⁵ ». Il concède que la solution n'est pas très élégante, mais il invite à une réforme de la loi qui consacrerait pour le licencié exclusif un droit personnel à la licence de dépendance.

³⁴ Op. Cit., n° 114, p. 73.

³⁵ Op. Cit., n° 117, p. 74.

En attendant le licencié exclusif ne pourrait demander que la résiliation du contrat pour perte de son exclusivité.

150. La solution préconisée par BURST nous semble tout à fait acceptable dans la mesure où la protection du licencié contractuel exclusif est le but. Une certaine idée de conservation d'une sécurité juridique dans les rapports contractuels est la bienvenue, et son invitation à une réforme de la législation pour consacrer une telle protection l'est tout aussi. Si le mécanisme de la licence de dépendance pour perfectionnement séduit par les potentialités qu'il offre, il doit demeurer très protecteur des intérêts en cause, pas uniquement de ceux des principaux protagonistes. Nous approuvons la vision du problème qui a été développée.



ANNEXE.

L'exposé des motifs ainsi que le projet de loi ont été recueillis auprès du site Internet : www.legifrance.com. Nous n'avons pu avoir la date du projet de loi et nous nous en excusons.

I.-. EX POSE DES MOTIFS DU PROJET DE LOI RELATIF A LA PROTECTION DES INVENTIONS BIOTECHNOLOGIQUES.

Le domaine des biotechnologies représente l'un des principaux champs de découvertes et d'innovations qui s'ouvre au génie humain en ce début du XXI^e siècle. Les enjeux qu'il recouvre sont considérables, à la fois au plan éthique, économique ainsi que pour celui de la santé publique. Dans ce domaine essentiel, les pays européens ont pris du retard par rapport aux Etats-Unis et au Japon faute d'une approche juridique harmonisée. La directive 98/44/CE répond à cette situation en définissant des principes et des règles communes entre les Etats membres de l'Union européenne en ce qui concerne les conditions et les limites dans lesquelles la protection par brevet peut être obtenue pour des inventions portant sur la matière biologique. Elle a été adoptée par le Parlement européen et par le Conseil, à l'issue de négociations longues et complexes et après l'échec d'une première proposition de directive sur ce sujet en mars 1995.

La directive 98/44/CE s'est efforcée de concilier une exigence de sécurité juridique grâce à l'adoption de règles précises, communes à tous les Etats membres de l'Union européenne, quant aux conditions de brevetabilité des inventions biotechnologiques avec le respect des principes éthiques.

Pour les inventeurs, les déposants, les entreprises, cette directive met un terme à une situation d'incertitude juridique résultant des divergences importantes, sur ces questions, entre les législations et les pratiques nationales mais aussi internationales. Ainsi, au regard des législations existantes, les déposants ne pouvaient pas toujours déterminer avec certitude si leurs inventions étaient ou non susceptibles d'être brevetées. D'autre part, l'absence de dispositions spécifiques pouvait les faire hésiter sur la portée susceptible d'être reconnue au titre délivré.

Cette sécurité juridique accrue permettra aux scientifiques et aux industriels européens de bâtir une stratégie de propriété industrielle à plus long terme et donc d'investir dans les technologies innovantes, dont le rôle sera crucial dans la prévention et le traitement de nombreuses maladies jusque-là mal traitées. En effet, les brevets participent à l'innovation de deux manières différentes : en assurant, pendant une période de temps limitée mais suffisamment longue, la reconnaissance d'un monopole au profit de l'inventeur, ce qui permet de rentabiliser les dépenses de recherche-développement réalisées pour parvenir à l'invention brevetée ; en prévoyant, en contrepartie de ce monopole, la publication de la demande de brevet et donc des informations qu'elle contient, permettant ainsi l'éclosion de nouvelles inventions, elles-mêmes sources d'innovations futures. Il faut préciser que le brevet n'assure donc pas un droit de propriété sur un produit mais seulement un droit exclusif d'exploitation d'une invention.

La directive 98/44/CE, bien que constituant avant tout un texte relevant du droit des brevets, traduit la recherche d'un équilibre entre, d'une part, les nécessaires aménagements

de cette partie du droit, afin d'y introduire les inventions biotechnologiques et, d'autre part, le nécessaire respect des obligations issues des principes éthiques.

Sur ce second point, il convient de souligner, ainsi que le montre nombre des considérants de la directive, que la transposition de celle-ci n'a de sens que dans un environnement juridique où les législations nationales et internationales assurent un encadrement de la recherche biomédicale et de l'utilisation des éléments et produits du corps humain, comme c'est le cas en droit français. Il importe également de noter que la directive prend en compte, pour l'appliquer au domaine des biotechnologies, le principe fondamental en droit des brevets selon lequel celui-ci ne protège que les inventions et en aucun cas les simples découvertes. Ainsi que l'ont montré les avis rendus par le groupe européen d'éthique sur la directive avant son adoption, cette distinction n'est pas exempte de portée éthique.

Ainsi, tout en assurant au plan communautaire, le respect des principes éthiques essentiels, la directive introduit le domaine des biotechnologies dans le droit des brevets, lequel ne protège que les inventions et non les découvertes, c'est-à-dire des solutions techniques à des problèmes techniques. Il s'agit à la fois de ne pas engendrer un nouveau droit aux contours vagues et de ne pas laisser ce domaine en dehors du droit.

La complexité juridique de la directive 98/44/CE et les enjeux éthiques qu'elle comporte expliquent qu'à la date du 30 juillet 2000 fixée pour l'achèvement de sa transposition, seul un Etat membre avait parachevé sa reprise dans son droit interne. Le chiffre des Etats membres ayant procédé à la transposition de la directive s'élève aujourd'hui à quatre, la plupart des autres Etats membres ayant actuellement soumis un texte de transposition à leur Parlement.

Pour ce qui concerne la France, la transposition de la directive a fait l'objet d'un dialogue approfondi entre les autorités françaises et la Commission européenne, consacré notamment à la portée de l'article 5 de la directive 98/44/CE relatif à la protection susceptible d'être accordée à des inventions portant sur des éléments issus du corps humain. Afin d'éviter que la nécessaire poursuite de la réflexion sur la portée de cet article - en particulier sur la distinction entre le premier paragraphe de cet article et les deux paragraphes suivants - dont la transposition s'avère la plus délicate en termes à la fois juridique et éthique, ne retarde à l'excès la transposition des autres dispositions de la directive, le Gouvernement a décidé de procéder à la transposition de la directive en maintenant en l'état les dispositions de l'article L. 611-17 issu des lois bioéthiques de 1994 qui prévoient que « le corps humain, ses éléments et ses produits ainsi que la connaissance de la structure totale ou partielle d'un gène humain ne peuvent, en tant que tels, faire l'objet de brevets ».

Sous cette réserve, le projet de loi assure une transposition fidèle de la directive en apportant un certain nombre de modifications aux dispositions du livre VI du code de la propriété intellectuelle qui concernent, essentiellement, les inventions portant sur la matière biologique animale et végétale.

Le projet de loi comporte deux objectifs :

- assurer la protection des inventions portant sur la matière biologique, sous réserve des exclusions liées à l'ordre public, et en déterminer les conditions et les limites ;

- assurer le respect des règles protégeant la vie animale et végétale, notamment en conciliant la non brevetabilité des races animales et des variétés végétales avec la

brevetabilité d'inventions portant sur des éléments biologiques d'origine animale ou végétale à condition de remplir un certain nombre de conditions précisément définies.

En outre, le Gouvernement a jugé nécessaire de renforcer les dispositions relatives aux licences obligatoires et d'office, qui permettent d'écarter les conséquences néfastes des situations de dépendance technologique, de faire prévaloir l'intérêt public, notamment celui de la santé publique, et de corriger un éventuel abus des droits que confère le brevet à son titulaire. Ce renforcement n'est pas nécessaire pour assurer la transposition de la directive mais, d'une part, il n'est nullement incompatible avec la directive et, d'autre part, il assure l'équilibre du dispositif, notamment dans le domaine particulièrement sensible des biotechnologies.

Les licences obligatoires et les licences d'office existent déjà en droit français.

Les premières visent à régler un conflit d'ordre privé entre le titulaire d'un brevet antérieur et celui d'un brevet postérieur dépendant du premier et qui nécessite donc, pour son exploitation, l'accord du titulaire du premier brevet. Elles sont octroyées par décision judiciaire à la demande du titulaire du brevet dépendant, lorsque cela se justifie en raison du progrès technique et de l'intérêt économique importants que comporte le brevet dépendant. L'article L. 613-15 ajoutait une condition supplémentaire, l'existence d'un intérêt public, dont le contenu était flou et qui correspondait mal au cadre d'un litige privé. Cette condition, qui ne figure pas dans l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle relatifs au commerce, annexé à l'accord de l'Organisation mondiale du commerce de 1994, est donc supprimée. De même, l'octroi d'une licence obligatoire est actuellement subordonnée à l'écoulement d'un certain délai ; cette condition, qui ne se justifie pas, est supprimée.

Les licences d'office sont des actes de la puissance publique : elles permettent de mettre sous licence accordée par l'Etat l'exploitation de brevets lorsque l'intérêt de la défense nationale, l'intérêt de l'économie nationale ou l'intérêt de la santé publique le justifie. Les licences d'office dans l'intérêt de la santé publique ne peuvent porter, compte tenu de la lettre de l'article L. 613-16 actuel, que sur les médicaments. Or, le rôle des dispositifs médicaux à visée thérapeutique ou diagnostique et des méthodes de diagnostic *ex vivo* peut être tout aussi considérable dans l'intérêt de la santé publique. Le projet de loi étend donc le champ des licences d'office dans l'intérêt de la santé publique, tout en précisant les conditions dans lesquelles elles peuvent être décidées, afin de respecter le droit de propriété du titulaire du brevet ainsi que les limites posées par l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle relatifs au commerce, annexé à l'accord de l'Organisation mondiale du commerce de 1994 aux licences de ce type.

Conditions et étendue de la protection des inventions portant sur la matière biologique.

1. - Le principe et les conditions de la brevetabilité

L'article L. 611-10 du code de la propriété intellectuelle, relatif aux conditions de brevetabilité, est complété afin d'affirmer la brevetabilité d'un produit composé de matière biologique ou en contenant, sous réserve des exclusions liées à l'ordre public. A cette fin, **l'article 1^{er}** du projet de loi intègre dans le 4. de l'article L. 611-10 du code de la propriété intellectuelle la disposition du 1. de l'article 3 de la directive. Ce nouvel alinéa, outre qu'il confirme cette brevetabilité, la conditionne expressément au respect des autres critères de

brevetabilité et notamment à celui de l'application industrielle, essentiel pour éviter des brevets portant sur une simple connaissance. Enfin, le deuxième alinéa du 4. de l'article L. 611-10 adopte la définition de la « matière biologique » rédigée au *a* du 1. de l'article 2 de la directive.

La description de l'invention doit être faite de manière suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter. Cet accès à l'information exhaustive est la contrepartie du monopole donné au propriétaire du brevet. En matière de micro-organismes, le code de la propriété intellectuelle prévoyait dans son article L. 612-5 que, lorsque le micro-organisme n'était pas accessible au public, la description ne pouvait être considérée comme suffisante si le dépôt du micro-organisme n'était pas effectué auprès d'un établissement habilité. **L'article 4** du projet de loi vient préciser cette obligation de dépôt de la matière biologique dans son ensemble, telle que définie au *a* du 1. de l'article 2 de la directive.

2. - L'étendue de la protection

L'article 5 du projet de loi, qui modifie l'article L. 612-12 du code de la propriété intellectuelle, permet au directeur général de l'Institut national de la propriété industrielle de rejeter ou de supprimer d'office des parties de la description et des dessins des demandes de brevets non conformes aux nouvelles exceptions qui sont posées à la brevetabilité.

L'article 6 du projet de loi introduit des dispositions nouvelles relatives à la portée des brevets concernant des inventions biotechnologiques. Ces dispositions ne sont applicables que pour autant qu'elles se rapportent à des inventions brevetables en vertu des dispositions des articles L. 611-10 et suivants. Elles ne sauraient donc être interprétées comme portant atteinte au principe selon lequel, en vertu des dispositions de l'article L. 611-17, « le corps humain, ses éléments et ses produits ainsi que la connaissance de la structure totale ou partielle d'un gène humain ne peuvent, en tant que tels, faire l'objet de brevets ».

Le nouvel article L. 613-2-1, inséré après l'article L. 613-2 du code, limite la portée de la protection par brevet d'une séquence génique à la partie de cette séquence directement liée à la fonction spécifique telle que concrètement exposée dans la description. Cette disposition permet d'empêcher qu'un brevet ne recouvre un champ excessif par rapport à l'apport technique de l'invention.

La portée de la protection du brevet est également clarifiée par les nouveaux articles L. 613-2-2 et L. 613-2-3 qui facilitent la détermination du champ du monopole conféré par le brevet. La directive est en effet très claire sur ce point puisqu'elle précise que la protection de l'invention s'étend, que celle-ci porte sur certaines propriétés ou sur un procédé, sur toute matière biologique obtenue à partir de la matière biologique première. Cette logique est également applicable lorsque l'invention concerne un produit contenant une information génétique ou consistant en une information génétique.

Le nouvel article L. 613-2-4 transpose la limitation de la portée du brevet concernant une matière biologique, telle qu'elle est prévue à l'article 10 de la directive. Un mécanisme d'épuisement des droits prévoit que la matière biologique commercialisée sur le territoire d'un Etat membre par le titulaire du brevet ou avec son consentement, ne tombe pas sous le coup du monopole dès lors que la reproduction résulte nécessairement de l'utilisation pour laquelle la matière biologique a été mise sur le marché.

3. - *La non brevetabilité des variétés végétales et des races animales*

a) Les domaines respectifs du brevet et du certificat d'obtention végétale (COV)

Le 1° du nouvel article L. 611-18, ajouté au code de la propriété intellectuelle par **l'article 3** du projet de loi, exclut de la brevetabilité les variétés végétales (définies par référence à l'article 5 du règlement (CE) n° 2100/94), les races animales et les procédés essentiellement biologiques pour l'obtention de végétaux ou d'animaux ; ces dispositions figuraient auparavant dans les paragraphes *b* et *c* de l'article L. 611-17 supprimés par **l'article 2**. La définition de ces procédés, intégrée au *c* du 1° de l'article L. 611-18, est celle du 2. de l'article 2 de la directive.

Toutefois, les inventions portant sur des plantes ou des animaux sont brevetables dès lors que leur application n'est pas limitée à une variété ou à une race particulière (2° de l'article L. 611-18).

b) Les limites à la protection

1° Les exceptions au profit de l'agriculteur et de l'éleveur

De nouvelles limites à l'étendue de la protection par brevet sont prévues par les 1° et 2° de l'article 11 de la directive.

L'article 7 du projet de loi insère dans le code de la propriété intellectuelle l'article L. 613-5-1, qui transpose le 1° de l'article 11 de la directive, mettant en place le « privilège de l'agriculteur », c'est-à-dire la possibilité pour celui-ci d'utiliser le fruit de sa récolte pour réensemencer ses champs. La directive aligne les modalités pratiques de l'exercice de ce « privilège » sur celles applicables aux certificats d'obtentions végétales communautaires ; c'est pourquoi il est fait référence à l'article 14 du règlement (CE) n° 2100/94 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales.

Le nouvel article L. 613-5-2 transpose le 2. de l'article 11 de la directive qui prévoit la création du « privilège de l'éleveur ». Lorsque le titulaire d'un brevet commercialise des animaux d'élevage ou tout autre matériel de reproduction animal, il ne peut empêcher l'agriculteur d'utiliser le bétail protégé par brevet pour la poursuite de son activité agricole. Cette activité ne peut être comprise comme une activité de reproduction commerciale. Les modalités de mise en place de cette dérogation ne sont pas précisées. Elles seront réglées contractuellement, aucune protection nationale ni communautaire n'existant encore à ce jour.

2° Les exceptions en cas de dépendance

Partant du constat que la brevetabilité de la matière biologique peut avoir à s'articuler avec un certificat d'obtention végétale, l'article 12 de la directive prévoit un système de licences pour dépendance. Un nouvel article L. 613-15-1 du code de la propriété intellectuelle (**article 8**), relatif au cas dans lequel un brevet est dominant par rapport à un droit d'obtention végétale, reprend le 1. de l'article 12 de la directive. Le nouvel article L. 623-22-1 (**article 9**), reprenant le 2. de l'article 12 de la directive, prend en compte la

situation inverse où un droit d'obtention végétale est dominant par rapport à un brevet. Dans les deux cas, la licence pour dépendance ne peut être accordée que si la variété ou l'invention représente un progrès technique important par rapport à la création protégée.

La demande de licence doit être formulée auprès du tribunal de grande instance.

Renforcement des licences obligatoires et des licences d'office

1. Les licences de dépendance

L'article 10 du projet de loi modifie l'article L. 613-15 du code de la propriété intellectuelle de façon à élargir les possibilités d'octroi de licences non volontaires de dépendance, en supprimant la condition d'intérêt public et le délai avant l'expiration duquel il n'est pas possible, dans la version actuelle, de formuler une demande.

En outre, la nouvelle version substitue la notion de brevet dépendant, plus large, à celle de brevet de perfectionnement. Ces modifications sont conformes à l'article 31 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle relatifs au commerce, annexé à l'accord sur l'Organisation mondiale du commerce de 1994.

2. - Les licences d'office dans l'intérêt de la santé publique

La version proposée de l'article L. 613-16 du code à l'article 11 du projet de loi a pour but de ne pas limiter l'octroi de licences d'office aux seuls brevets de médicaments mais d'inclure dans le champ d'application de l'article L. 613-16 les dispositifs médicaux à visée thérapeutique ou diagnostique et les méthodes de diagnostic *ex vivo*, ainsi que les procédés et produits nécessaires à l'obtention de ces dispositifs. Elle élargit les cas dans lesquels une licence d'office peut être octroyée en ajoutant le cas de l'exploitation dans des conditions contraires à l'intérêt de la santé publique ou constituant des pratiques anti-concurrentielles.

Pour ces dernières, l'article 31 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle relatifs au commerce, annexé à l'accord de l'Organisation mondiale du commerce de 1994 exige qu'elles aient été préalablement reconnues comme telles selon les procédures en vigueur. La formulation proposée reproduit celle de l'article L. 613-19-1 du code de la propriété intellectuelle. Le même article 31 exige également, sauf pour les cas de pratiques anti-concurrentielles ou d'urgence, la recherche d'un accord préalable avec le breveté, d'où l'adjonction du dernier alinéa sur ce point.

Enfin, l'article 12 du projet de loi rend applicable les nouvelles dispositions du code à la Nouvelle-Calédonie, à la Polynésie française, à la collectivité territoriale de Mayotte, aux îles Wallis et Futuna et aux Terres australes et antarctiques françaises.

II.-PROJET DE LOI RELATIF A LA PROTECTION DES INVENTIONS BIOTECHNOLOGIQUES.

TITRE IER

**DISPOSITIONS RELATIVES A LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE
98/44/CE**

DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL DU 6 JUILLET 1998

Article 1er

L'article L. 611-10 du code de la propriété intellectuelle est complété par un 4. ainsi rédigé :

« 4. Sous réserve des dispositions des articles L. 611-17 et L. 611-18, sont brevetables aux conditions prévues au 1. les inventions portant sur un produit constitué en totalité ou en partie de matière biologique, ou sur un procédé permettant de produire, de traiter ou d'utiliser de la matière biologique.

« Est regardée comme matière biologique la matière qui contient des informations génétiques et se reproduit ou peut être reproduite dans un système biologique. »

-

Article 2

Les paragraphes *b et c* de l'article L. 611-17 du même code sont abrogés.

Article 3

Il est inséré, après l'article L. 611-17 du même code, l'article L. 611-18 ainsi rédigé :

« *Art. L. 611-18* - 1° Ne sont pas brevetables :

« *a*) Les races animales ;

« *b*) Les variétés végétales telles que définies à l'article 5 du règlement (CE) n° 2100/94 du 27 juillet 1994 ;

« *c*) Les procédés essentiellement biologiques pour l'obtention des végétaux et des animaux : sont considérés comme tels les procédés qui font exclusivement appel à des phénomènes naturels comme le croisement ou la sélection ;

« *d*) Les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés.

« 2° Nonobstant les dispositions du 1°, les inventions portant sur des végétaux ou des animaux sont brevetables si l'application de l'invention n'est pas limitée à une variété végétale ou à une race animale déterminées.

3° Les dispositions du c du 1° n'affectent pas la brevetabilité d'inventions ayant pour objet des procédés techniques notamment un procédé microbiologique, ou un produit obtenu par ces procédés ; est regardé comme un procédé microbiologique tout procédé utilisant ou produisant une matière biologique ou comportant une intervention sur une telle matière. »

Article 4

Le deuxième alinéa de l'article L. 612-5 du même code est remplacé par les dispositions suivantes :

« Lorsque la description d'une invention impliquant une matière biologique à laquelle le public n'a pas accès ne permet pas à l'homme du métier d'exécuter l'invention, cette description n'est jugée suffisante que si la matière biologique a fait l'objet d'un dépôt auprès d'un organisme habilité. Les conditions d'accès du public à ce dépôt sont fixées par décret en Conseil d'État. »

Article 5

L'article L. 612-12 du même code est ainsi modifié :

I. - Le 4° est remplacé par les dispositions suivantes :

« 4° Qui a pour objet une invention manifestement non brevetable en application des articles L. 611-17 et L. 611-18 ; ».

II. - Le dernier alinéa est remplacé par les dispositions suivantes :

« En cas de non-conformité partielle de la demande aux dispositions des articles L. 611-17 et L. 611-18 ou L. 612-1, il est procédé d'office à la suppression des parties correspondantes de la description et des dessins. »

Article 6

Il est inséré, après l'article L. 613-2 du même code, les articles L. 613-2-1, L. 613-2-2, L. 613-2-3 et L. 613-2-4 ainsi rédigés :

« *Art. L. 613-2-1.* - La portée d'une revendication couvrant une séquence génique est limitée à la partie de cette séquence directement liée à la fonction spécifique concrètement exposée dans la description.

« *Art. L. 613-2-2.* - Sous réserve des dispositions de l'article L. 613-2-1, la protection conférée par un brevet à un produit contenant une information génétique ou consistant en une information génétique s'étend à toute matière dans laquelle le produit est incorporé et dans laquelle l'information génétique est contenue et exerce sa fonction ou procure son résultat technique.

« *Art. L. 613-2-3.* - La protection conférée par un brevet relatif à une matière biologique dotée, du fait de l'invention, de propriétés déterminées s'étend à toute matière biologique obtenue à partir de cette matière biologique par reproduction ou multiplication et dotée de ces mêmes propriétés.

« La protection conférée par un brevet relatif à un procédé permettant de produire une matière biologique dotée, du fait de l'invention, de propriétés déterminées s'étend à la matière biologique directement obtenue par ce procédé et à toute autre matière biologique obtenue, à partir de cette dernière, par reproduction ou multiplication et dotée de ces mêmes propriétés. »

« *Art. L. 613-2-4.* - La protection visée aux articles L. 613-2-2 et L. 613-2-3 ne s'étend pas à la matière biologique obtenue par reproduction ou multiplication d'une matière biologique mise sur le marché sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen par le titulaire du brevet ou avec son consentement, lorsque la reproduction ou la multiplication résulte nécessairement de l'utilisation pour laquelle la matière biologique a été mise sur le marché, dès lors que la matière obtenue n'est pas utilisée ensuite pour d'autres reproductions ou multiplications. »

Article 7

Il est inséré, après l'article L. 613-5 du même code, les articles L. 613-5-1 et L. 613-5-2 ainsi rédigés :

« *Art. L. 613-5-1.* - Par dérogation aux dispositions des articles L. 613-2-2 et L. 613-2-3, la vente ou tout autre acte de commercialisation de matériel de reproduction végétal par le titulaire du brevet, ou avec son consentement, à un agriculteur à des fins d'exploitation agricole implique pour celui-ci l'autorisation d'utiliser le produit de sa récolte pour la reproduction ou la multiplication par lui-même sur sa propre exploitation.

« Les conditions de cette utilisation sont celles qui sont prévues par l'article 14 du règlement (CE) n° 2100/94 du 27 juillet 1994.

« *Art. L. 613-5-2.* - Par dérogation aux dispositions des articles L. 613-2-2 et L. 613-2-3, la vente ou tout autre acte de commercialisation d'animaux d'élevage ou d'un matériel de reproduction animal par le titulaire du brevet, ou avec son consentement, à un agriculteur implique pour celui-ci l'autorisation d'utiliser, le cas échéant moyennant rémunération, le bétail protégé pour un usage agricole. Cette autorisation emporte la mise à disposition de l'animal ou du matériel de reproduction animal pour la poursuite de son activité agricole, mais exclut la vente dans le cadre d'une activité commerciale de reproduction. »

Article 8

Il est inséré, après l'article L. 613-15 du même code un article L. 613-15-1 ainsi rédigé :

« *Art. L. 613-15-1.* - Lorsqu'un brevet fait obstacle à l'obtention ou à l'exploitation d'un droit sur une variété végétale, la concession d'une licence de ce brevet peut être demandée dans la mesure où cette licence est nécessaire pour l'exploitation de la variété végétale à protéger et pour autant que la variété constitue à l'égard de ce brevet un progrès technique important et présente un intérêt économique certain.

« Lorsqu'une telle licence est accordée, le titulaire du brevet obtient à des conditions équitables, sur demande présentée au tribunal, la concession d'une licence réciproque pour utiliser la variété protégée.

« Les dispositions des articles L. 613-12 à L. 613-14 sont applicables. »

Article 9

Il est inséré, après l'article L. 623-22 du même code, les articles L. 623-22-1 et L. 623-22-2 ainsi rédigés :

« *Art. L. 623-22-1.* - Lorsqu'un droit d'obtention végétale fait obstacle à l'exploitation d'un brevet portant sur une invention biotechnologique, le titulaire du brevet peut demander la concession d'une licence pour l'exploitation de la variété protégée par le droit d'obtention, dans la mesure où cette licence est nécessaire à l'exploitation du brevet et pour autant que cette invention constitue à l'égard de la variété végétale un progrès technique important et présente un intérêt économique certain. Le demandeur doit justifier qu'il n'a pu obtenir du titulaire du droit d'obtention une licence d'exploitation et qu'il est en état d'exploiter la variété de manière effective et sérieuse.

« *Art. L. 623-22-2.* - La demande de licence prévue à l'article L. 623-22-1 est formée auprès du tribunal de grande instance.

« La licence est non exclusive. Le tribunal détermine notamment sa durée, son champ d'application et le montant des redevances auxquelles elle donne lieu. Ces conditions peuvent être modifiées par décision du tribunal, à la demande du titulaire du droit ou de la licence.

« Les droits attachés à cette licence ne peuvent être transmis qu'avec l'entreprise ou la partie de l'entreprise ou le fonds de commerce auquel ils sont attachés.

« Lorsqu'une telle licence est accordée, le titulaire du droit d'obtention obtient à des conditions équitables, sur demande présentée au tribunal, la concession d'une licence réciproque pour utiliser l'invention protégée.

« Si le titulaire d'une licence ne satisfait pas aux conditions auxquelles cette licence a été accordée, le titulaire du certificat d'obtention végétale et, le cas échéant, les autres licenciés peuvent obtenir du tribunal le retrait de cette licence. »

TITRE II DISPOSITIONS RELATIVES AU RENFORCEMENT DES LICENCES OBLIGATOIRES ET DES LICENCES D'OFFICE

Article 10

L'article L. 613-15 du même code est remplacé par les dispositions suivantes :

« *Art. L. 613-15.* - Lorsque le titulaire d'un brevet ne peut l'exploiter sans porter atteinte à un brevet antérieur dont un tiers est titulaire, le tribunal de grande instance peut lui

accorder une licence d'exploitation du brevet antérieur dans la mesure nécessaire à l'exploitation du brevet dont il est titulaire et pour autant que cette invention constitue à l'égard du brevet antérieur un progrès technique important et présente un intérêt économique certain.

« La licence accordée au titulaire du brevet postérieur ne peut être transmise qu'avec ledit brevet.

« Le titulaire du brevet antérieur obtient, sur demande présentée au tribunal, la concession d'une licence réciproque sur le brevet postérieur.

« Les dispositions des articles L. 613-12 à L. 613-14 sont applicables. »

Article 11

L'article L. 613-16 du même code est remplacé par les dispositions suivantes :

« *Art. L. 613-16.* - Si l'intérêt de la santé publique l'exige et à défaut d'accord amiable avec le titulaire du brevet, le ministre chargé de la propriété industrielle peut, sur la demande du ministre chargé de la santé publique, soumettre par arrêté au régime de la licence d'office, dans les conditions prévues à l'article L. 613-17, tout brevet délivré pour :

« *a)* Un médicament, un dispositif médical, un dispositif médical de diagnostic *in vitro*, un produit thérapeutique annexe ;

« *b)* Leur procédé d'obtention, un produit nécessaire à leur obtention ou un procédé de fabrication d'un tel produit ;

« *c)* Une méthode de diagnostic *ex vivo*.

« Les brevets de ces produits, procédés ou méthodes de diagnostic ne peuvent être soumis au régime de la licence d'office dans l'intérêt de la santé publique que lorsque ces produits, ou des produits issus de ces procédés, ou ces méthodes sont mis à la disposition du public en quantité ou qualité insuffisantes ou à des prix anormalement élevés, ou lorsque le brevet est exploité dans des conditions contraires à l'intérêt de la santé publique ou constitutives de pratiques déclarées anti-concurrentielles par une décision administrative ou juridictionnelle.

« Lorsque la licence a pour but de remédier à une pratique déclarée anti-concurrentielle ou en cas d'urgence, le ministre chargé de la propriété industrielle n'est pas tenu de rechercher un accord amiable avec le titulaire du brevet. »

Article 12

La présente loi est applicable en Polynésie française, dans les îles Wallis et Futuna, dans les Terres australes et antarctiques françaises, en Nouvelle-Calédonie et à Mayotte.

BIBLIOGRAPHIE.

I. - Ouvrages généraux

- **G. CORNU**, **Association Henri CAPITANT**, « *Vocabulaire Juridique* », PUF, 8^{ème} édition, 2000.
- « *Jurisclasseur : Commercial et Brevets.* » Dirigé par **Y. REBOUL** et **J.-M. MOUSSERON**.
- **J. AZEMA**, « *Lamy droit Commercial* », édition 2002.
- **A. CHAVANNE** et **J.-J. BURST**, « *Droit de la propriété industrielle* », Précis Dalloz, 5^{ème} édition, 1998.
- **J.-C. GALLOUX**, « *Droit de la propriété industrielle* », Cours Dalloz, édition 2000.
- **F. POLLAUD-DULIAN**, « *Le droit de la propriété industrielle* », Montchrétien, Domat droit privé, 1999.
- **P. ROUBIER**, « *Le droit de la propriété industrielle* », (2 tomes), Sirey, 1952-1954.
- **J. SCHMIDT-SZALEWSKI** et **J.-L. PIERRE**, « *Droit de la propriété industrielle* », Litec, 2^{ème} édition, 2001.

II. - Ouvrages spécialisés.

- « *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques BURST* », Litec, 1998.
- **J.-M. MOUSSERON**, « *Traité des brevets* », Litec 1984.
- **J. FOYER** et **M. VIVANT**, « *Le droit des brevets* », PUF, Thémis droit, 1^{ère} édition, 1991.
- **E. POUILLET**, « *Traité Théorique et pratique des brevets d'invention et des secrets de fabrique* », 6^{ème} édition, 1915.
- **J. AZEMA**, « *Le droit français de la concurrence* », PUF, Thémis droit, 1^{ère} édition, 1981.
- **J.-J. BURST**, « *Breveté et licencié. Leurs rapports juridiques dans le contrat de licence* », Librairies Techniques, CEIPI, 1970.
- **M. SABATIER**, « *L'exploitation des brevets d'inventions et l'intérêt général d'ordre économique* », Librairies Techniques, CEIPI, 1976.
- « *Inventions et droits antérieurs* », 7^{ème} rencontre de propriété industrielle, Lyon 1978, n° 24. Collection du du CEIPI, Litec droit.

Interventions : - **P. VIGAND**, « *La notion de perfectionnement* ».

- **J.-J. BURST**, « *Le régime juridique du perfectionnement* ».

- **J. AZEMA**, « *Les aspects juridiques de la dépendance* ».

- **J.-B. ROSSET**, « *Les aspects techniques de la dépendance* ».

- **M.-C. CHEMTOB et A. GALLOCHAT**, « *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'homme* », Litec, Editions TEC & DOC, 2000.

- « *Juriclasseur Commercial et Brevets* », fascicule n° 520, « *Mesures autoritaires sur brevet* », **Marc SABATIER**, 1988.

- « *Commentaire article par article des traités de l'Union Européenne et de la Communauté Européenne* », sous la direction de **Ph. LEGER**, Helbing & Lichtenhahn – Dalloz – Bruylant, 2000.

III. – Revues et Articles.

- **W. ALEXANDER**, « *L'incidence du principe de libre circulation sur les droits de propriété industrielle* » dans « *L'incidence du droit communautaire de la concurrence sur les droits de propriété industrielle* », 6^{ème} rencontre de propriété industrielle, Lyon 1976, n°17. Collection du CEIPI, Litec droit.

- **J.-J. BURST et R. KOVAR**, « *Les licences imposées et le droit communautaire* », Cahiers de droit européen, 1990, n° 3-4.

- **F. DESSEMONTET**, « *La notion d'invention dépendante en droit des brevets* » dans les « *Mélanges P. PIOTET* ».

- **R. GAGLIONE**, « *Perfectionner, c'est contrefaire* », RDPI étude n°110, avril 2000.

- **J.- Ch. GALLOUX**, « *Le droit de brevet à l'aube du 3^{ème} millénaire* », JCP édition générale, n° 1-2, 5 janvier 2000, p. 18.

- « *Les inventions biotechnologiques. Protection et exploitation* », IRPI, Le droit des affaires Propriété intellectuelle, Litec, n° 18, 1999.

INDEX.

A

Abus, 77, 80, 94, 95, 96, 128, 129.
 - abus de dépendance économique,
voir droit de la concurrence.
 - abus de dépendance technique, 101.
 - abus de position dominante, *voir*
droit de la concurrence.
 Accord amiable, 20, 66, 70, 95, 108.
 Activité inventive, 68, 74, 131.
 ADPIC, 62, 65, 126, 137.
 Application industrielle, 24, 28, 121, 131.

B

Biotechnologies, 120, 121, 127-129, 137.
 - projet de loi, 126, 127.
 - brevetabilité du vivant, 134.
 - séquence de gènes, 122.

C

Capacité, 65.
 Capacité d'exploiter, 63, 66, 71.
 Certificat d'addition, 41.
 Compétence, 56, 57, 111, 113.
 Compromis, 94, 102-107, 111.
 Consentement, 37, 71, 117.
 Contrat, 140, 142, 145, 146, 149.
 Contrefaçon, 11, 47.
 Cour de Justice des Communautés
 Européennes *voir droit*
communautaire.

D

Découverte, 2, 42, 133-136.
 Défense nationale, 17.
 Délai, 63-65, 72, 125-127, 138.
 Dépendance, 11, 12, 16, 17.
 Droit communautaire
 - CJCE, 34, 112, 116, 117.
 - Directive du 6 juillet 1998, 113, 115,
 118-128, 130-132, 134, 135, 137,
 149.
 - épuisement, 36, 112, 116-118.
 Droit d'obtention végétale, 120, 121.
 Droit de la concurrence, 13-21

- abus de dépendance économique,
 97, 98.
 - abus de position dominante, 31, 97,
 99, 114.
 - ententes, 14, 31, 115.
 Droit de propriété, 36, 57-59, 95, 148.
 Droit naturel, 40, 57, 58.

E

Ententes, *voir droit de la concurrence.*
 Epuisement, *voir droit communautaire*
 Equité, 146.
 Eviction, 142, 146, 148.

L

Liberté du commerce et de l'industrie, 27,
 33, 34, 39, 88, 115.
 Licence, 10-12.
 - licences imposées, 17.
 - licencié contractuel, 129, 139.
 Licence de dépendance, 10-12.
 - retrait, 84, 106.
 - transmission, 7, 85, 86.

M

Ministère public, 56, 60, 62, 108, 125-127,
 138.
 Monopole, 4 et s., 22, 27-29, 34, 95, 97, 99,
 115, 141.

N

Niveau de protection, 74, 132-135.

O

Obligation de faire, 149.
 OMC, 62, 127, 140.

P

Perfectionnement, 12, 69.
 Preuve, 70-72, 77, 109.
 Progrès, 1 et s.

R

Réciprocité, 46, 107, 123.
Récompense, 4, 27, 28, 58.
Revendication, 11, 69, 137.

S

Santé publique, 17.
Séquence de gènes, *voir biotechnologies*.

TABLE DES MATIERES.

<u>SOMMAIRE</u>	<u>1</u>
<u>INTRODUCTION</u>	<u>1</u>
<u>CHAPITRE PREMIER.- LE RESPECT DU DROIT DE LA CONCURRENCE PAR LA SAUVEGARDE DU BREVET ANTERIEUR.</u>	<u>9</u>
<u>SECTION PREMIERE.- LA NECESSAIRE SAUVEGARDE D’UN DROIT A FINALITE ASSIGNEE.</u> ..	<u>9</u>
I.- L’octroi d’un droit monopolistique et concurrentiel.	10
a) L’octroi d’un monopole.	10
b) Un droit hautement concurrentiel.	12
II.- « Perfectionner, c’est contrefaire ».	15
a) La consécration de la liberté de perfectionner.	15
b) Une interdiction d’exploiter réciproque.....	17
<u>SECTION SECONDE.- LES GARANTIES DE SAUVEGARDE DE CE DROIT.</u>	<u>20</u>
I.- Des garanties de procédure dans l’obtention de la licence de dépendance.	21
a) Des garanties judiciaires.	21
b) Des garanties de pure procédure.	23
II.- Des conditions de fond : un appel au subjectivisme du juge.	26
a) Une appréciation « in concreto » de l’invention.	27
b) Une limitation du champ d’application de la licence.....	29
<u>CHAPITRE SECOND.- LE RESPECT DU DROIT DE LA CONCURRENCE PAR LA LIMITATION DU BREVET ANTERIEUR.</u>	<u>33</u>
<u>SECTION PREMIERE.- LE DROIT DES BREVETS CONFRONTE À SA FINALITE.</u>	<u>34</u>
I .-La continuelle recherche du progrès et de la concurrence.....	34
a) Un mécanisme sanctionnateur d’abus.	35
b) La recherche d’un compromis.	38
II.- L’appréhension du mécanisme par le droit communautaire.	41

a) Un mécanisme conforme aux conceptions de droit communautaire.	41
b) Le rôle de la directive du 6 juillet 1998.	43
<u>SECTION SECONDE.- LES INCERTITUDES D’UN PALLIATIF EFFICACE.</u>	47
I.- Le rôle du mécanisme en matière de biotechnologies.....	47
a) Exposé de la problématique liée aux biotechnologies.	47
b) Un palliatif incontournable : la licence de dépendance.	49
II.- L’incertitude législative vis-à-vis du licencié contractuel.....	51
a) Un licencié contractuel lésé.	51
b) Les propositions doctrinales.	52
<u>ANNEXE.</u>	56
I.-Exposé des motifs du projet de loi relatif à la protection des inventions biotechnologiques.....	56
II.-Projet de loi relatif à la protection des inventions biotechnologiques.....	62
<u>BIBLIOGRAPHIE.</u>	67
<u>INDEX.</u>	69
<u>TABLE DES MATIERES.</u>	71