

## 13 Réflexions sur la durée optimale des brevets : un régime au service de l'innovation ?



Thibault SCHREPEL <sup>1</sup>,  
docteur en droit, LL.M.

En France comme ailleurs, tous les brevets bénéficient d'une protection uniforme de vingt années. Cette étude entend démontrer les effets nocifs d'un tel mécanisme sur l'innovation, liste les propositions alternatives qui ont été formulées par la doctrine et propose *in fine* la mise en place d'un système dans lequel la durée des brevets est variable et ainsi mieux adaptée à la problématique concurrentielle.

*« Nous parlerons contre les lois insensées jusqu'à ce qu'on les réforme et en attendant, nous nous y soumettrons aveuglément ».*

Denis Diderot

### Introduction

1 - Il y a des mécanismes juridiques qui semblent être gravés dans le marbre et ceux relatifs à la protection conférée par les brevets en font indéniablement partie. Au cœur de l'écosystème de l'innovation, ces titres de propriété intellectuelle font la joie d'une majorité de la doctrine qui n'a de cesse de répéter la dualité entre ces derniers et le droit de la concurrence. Il nous semble qu'il existe pourtant une autre façon d'envisager propriété intellectuelle et problématiques concurrentielles. Cette approche implique de questionner ce qui l'est trop peu souvent : la protection uniforme de 20 années qui est conférée aux brevets doit-elle être conservée ?

2 - Les brevets sont délivrés par des offices spécialisés – l'INPI en France, l'USPTO aux États-Unis, par exemple – et ils permettent la protection des inventions techniques qui répondent à un problème rencontré par l'industrie. Cette très large protection des moyens techniques qui sont inventés <sup>2</sup> permet – au moins en théorie <sup>3</sup> –

d'encourager l'investissement et autorise le titulaire à se défendre contre les entreprises moins inspirées qui se contentent de copier l'invention. Admettre ce postulat – sur lequel nous ne reviendrons pas – au nom duquel les brevets favorisent l'investissement – et donc l'innovation – ne doit pas interdire une réflexion sur le régime applicable à ces derniers, d'autant plus que celui qui est actuellement appliqué souffre de défauts majeurs.

3 - Deux éléments peuvent ainsi être discutés en la matière : le périmètre et la durée de protection conférée aux brevets. Étudier le premier nécessite une connaissance technique de chacun des domaines concernés, de la robotique, du milieu pharmaceutique, de la mécanique <sup>4</sup>... Nous laissons cela aux spécialistes de chaque secteur <sup>5</sup>. Il nous revient ainsi d'analyser la durée de protection des brevets.

4 - Étonnamment, l'étude de la durée optimale des brevets fait l'objet de peu de doctrine juridique. Certains soulèvent que la tâche est trop difficile, et si elle l'est effectivement, cela ne saurait justifier l'abandon de tout travail en ce sens. Notons, de plus, que le développement du « *Big Data* » tend à fournir aux autorités publiques un large ensemble des données qui peut justement servir

1. L'auteur souhaite remercier chaleureusement Neel U. Sukhatme, professeur à l'université de Georgetown, pour ses précieux conseils durant la phase de réflexion de cet article. Sa reconnaissance va également à Joshua D. Wright, professeur à l'université George Mason et ancien commissaire à la Federal Trade Commission.  
2. À noter, en matière de nouvelles technologies, le droit français permet la protection des logiciels – en anglais, *software* – par le droit d'auteur et il autorise celle de tous les composants – qualifiés de *hardware* – par le droit des brevets. Notons par ailleurs que si l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle exclut, en tant que tels, les programmes d'ordinateur du champ des brevets, il est toutefois possible de demander un brevet pour le compte d'une invention qui inclut un programme d'ordinateur.  
3. Cela date du prix Nobel d'économie Keneth Arrow, V. E. Dechenaux et al., *Appropriability and the Timing of Innovation : Evidence from MIT Inventions : NBER Working Paper # 9735* (Cambridge, Mass. : National Bureau of Economic Research, 2003). Les liens entre innovation et brevets mériteraient toutefois d'être débattus, « *As emphasized in a recent survey by Gallini (2002), the link between patent strength and innovation is, in general, ambiguous. Models which examine the relation between R & D spending and patent length in the presence of uncertainty find they are positively related (see Kamien and Schwartz, 1974 and Goel, 1996). However, Horowitz and Lai (1996) find an*

*inverse u-shape relationship between patent length and the rate of innovation, and Lerner (2002) finds empirical support for such a relationship. In this work, the negative effect of patent length on innovation comes from taking into account the cumulative process of innovation and strategic effects from subsequent research ».* – Pour une vue contraire, V. P. Moser, *Patents and Innovation in Economic History : Annual Review of Economics* (2017). – V. également E. W. Kitch, *The Nature and Function of the Patent System* : 20 J.L. & ECON. 265 (1977).

4. Notons qu'un débat académique perdure quant au fait de savoir s'il est préférable de jouer sur la durée des brevets ou leur périmètre, V. N. T. Gallini, *Patent Policy and Costly Imitation*, 23 RAND J. ECON. 52 (1992) favorable au premier paramètre ; et R. Gilbert et C. Shapiro, *Optimal Patent Length and Breadth*, 21 RAND J. ECON. 106 (1990) pour le second. – Pour une discussion sur le sujet, V. John S. Leibovitz, *Inventing a Nonexclusive Patent System*, 111 Yale L.J. 2251 (2002).  
5. V. D. S. Olson, *Taking the Utilitarian Basis for Patent Law Seriously : The Case for Restricting Patentable Subject Matter*, 82 Temp. L. Rev. 181 (2010).

à la création d'un nouveau régime de protection des brevets. L'heure est donc à l'ouverture d'un débat qui est capital<sup>6</sup> tant accorder une trop longue protection peut restreindre l'innovation. Dans le même temps, accorder une protection d'une trop courte durée peut décourager l'investissement. Certains brevets nécessitent des mois sinon des années de recherche et l'assurance de pouvoir jouir exclusivement du droit de propriété sur ces derniers conduit les entreprises à investir dans la recherche et développement (R & D) parce qu'elles ont justement l'assurance de compenser les investissements réalisés sur le long terme. La durée optimale de protection des brevets relève donc d'un juste équilibre qui doit être redéfini pour des raisons que nous développons.

5 - Notre réflexion s'articule ainsi autour de trois axes qui se présentent tels que suit : (1) est-il souhaitable que la durée de protection des brevets soit uniforme, quel que soit le secteur concerné ? Nous répondons à cette question par la négative. Il convient alors de se demander (2) quel(s) système(s) alternatif(s) pourrai(en)t être imaginé(s) dans le but que l'incitation à l'investissement soit maintenue sans pour autant octroyer une protection qui empêche l'innovation des concurrents et qui soit ainsi néfaste pour le consommateur. Nous formulons une proposition (3) qui intègre les concepts de droit de la concurrence tout en protégeant l'intégrité des droits de propriété intellectuelle.

## 1. Un système actuel de protection des brevets bien trop pernicieux

6 - La durée de protection des brevets est aujourd'hui fixée à 20 ans, en France comme ailleurs. Les raisons historiques qui l'expliquent (A) ne doivent pas cacher la nécessité de repenser un nouveau mécanisme de protection qui soit mieux adapté au XXI<sup>e</sup> siècle (B).

### A. - Les raisons historiques de la protection uniforme de 20 années

7 - Les brevets bénéficient d'une durée de protection de 20 ans à travers le monde, que ce soit en France, en Europe, aux États-Unis ou en Chine. La convergence de ces différents systèmes juridiques semble indiquer l'existence de longues années de recherches ainsi que la compilation de millions de données ayant toutes convergé vers cette dernière. Il n'en est rien.

8 - L'apparition des brevets date vraisemblablement de la Renaissance, lorsque le Sénat vénitien avait décidé d'accorder une protection de 10 années à toutes les inventions « nouvelles et ingénieuses »<sup>7</sup>. L'évolution qui s'ensuivit fut dans un premier temps tout aussi variée qu'il y avait de puissances industrielles<sup>8</sup>. Des grandes tendances se sont ensuite dégagées sur les différents continents.

9 - Pour ce qui est des États-Unis, le Patent Act de 1790 qui fut voté par le Congrès avait initialement prévu une durée de production de 14 années à partir de la date de délivrance<sup>9</sup>. En 1836, la durée fut relevée à 21 ans, puis réduite à 17 ans en 1861 avant d'être réajustée en 1995 à hauteur de 20 ans à partir de la date de

dépôt de la demande<sup>10</sup>. La durée de protection des brevets n'a donc varié que 3 fois en plus de 200 ans, ce qui tend d'ores et déjà à indiquer l'absence de corrélation entre les différentes évolutions – notamment industrielles et technologiques – des sociétés capitalistes et la durée de protection des brevets.

10 - Pour ce qui est de l'Europe, il est plus difficile de retracer une histoire du brevet<sup>11</sup> tant les différents pays européens ont connu des évolutions diverses et non coordonnées. Notons tout de même que la France avait voté la mise en place d'un directeur des brevets d'invention à Paris dans sa loi du 7 janvier 1791. Une première initiative transfrontalière avait été expérimentée à l'occasion de la Convention de Paris de 1884. La Belgique avait déjà étendu la protection de ses brevets à 20 ans en 1854 et la France avait emboîté le pas avec son décret-loi du 29 juillet 1939.

11 - La durée de 20 ans est aujourd'hui reconnue par l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle (article 33 de l'Accord sur les ADPIC<sup>12</sup> de l'Organisation mondiale du commerce auquel 134 pays ont adhéré). On comprend ainsi que suggérer des changements en la matière implique de convaincre l'OMC que le système actuel n'est pas optimal<sup>13</sup>. La tâche n'est pas aisée, mais elle n'en demeure pas moins nécessaire et des étapes intermédiaires peuvent être prises en ce sens, ce que nous allons démontrer.

### B. - Le caractère rigide et inadapté de la protection de 20 années

12 - Nous l'avons dit, les brevets permettent, au moins en théorie, de compenser les investissements nécessaires au développement d'une innovation<sup>14</sup>. Cette logique utilitariste des droits de propriété intellectuelle<sup>15</sup> trouve ses fondements dans les écrits de Jeremy Bentham<sup>16</sup> et sous-entend donc l'existence d'une corrélation entre la durée du droit conféré et l'investissement préalable. Seulement, la durée de protection des brevets est aujourd'hui désunie des investissements réalisés pour chaque brevet<sup>17</sup>, et parce que la durée de protection des brevets doit inciter à l'innovation, même dans les industries où les investissements sont importants, il y a donc une tendance à ce que la durée de protection uniforme soit trop élevée – dans les industries où les investissements sont mineurs – plutôt que pas assez. Ainsi, faire varier la durée de protection implique plus généralement de la réduire que de l'augmenter.

13 - Il est par ailleurs très étonnant de constater que peu d'auteurs s'intéressent à cette question, et ce, particulièrement en Europe<sup>18</sup>.

10. Pour plus de détails sur l'histoire du brevet nord-américain, V. N. U. Sukhatme et J. N. L. Cramer, *How Much Do Patent Applicants Care About Patent Term ? Cross-Industry Differences in Term Sensitivity*, à paraître.

11. V. Cl. Diebolt, K. Pellier, *400 ans de protection par les brevets. Une contribution de cliométrie comparative* : Revue économique 2012/3, vol. 63, p. 611-621.

12. On retrouve cet accord dans la littérature anglo-saxonne sous le nom de « TRIPS Agreement ».

13. C'est ce que relèvent les auteurs favorables à une réforme des brevets, V. par ex. A. H. Khoury, *Differential Patent Terms and the Commercial Capacity of Innovation*, 18 Tex. Intell. Prop. L.J. 373 (2010) : « a differential patent term appears to be a radical deviation from the widely accepted trend of unifying patent norms. Indeed, when reading patent laws around the world as well as the agreements that shape them (mainly TRIPS), it is evident that patent laws have been overwhelmingly influenced by a structured international framework comprising rules and standards that regulate the way in which patents are validated, protected, classified, and registered ».

14. Sur la difficulté à mesurer l'effet des brevets sur l'innovation, V. M. K. Ohlhausen, *Patent Rights in a Climate of Intellectual Property Rights Skepticism*, 30 Harv. J.L. & Tech. (2016).

15. Elle est généralement opposée à la logique lockéenne qui tend à reconnaître l'existence de droits naturels.

16. J. Bentham, *A Manual of Political Economy, Wealth Of Nation* (1843).

17. A. Tabarrok, *Patent Theory Versus Patent Law, Contributions to Econ. Analysis & Pol'y* (2002).

18. Déjà en 1956, C. Michael White, *Why a Seventeen Year Patent*, 38 J. Pat. Off. Soc'y 839 (1956) : « There has been surprisingly little discussion by reputable authorities of the possibility of inventions with varying lengths of protection for each class ». – Plusieurs auteurs font toutefois le constat de

6. T. Nicholas, *Are Patents Creative or Destructive ?*, 79 Antitrust L.J. 405 (2014).

7. M. A. Lemley, *An Empirical Study of the Twenty-Year Patent Term*, 22 AIPLA Q. J. 369 (1994). – V. aussi A. H. Khoury, *Differential Patent Terms and the Commercial Capacity of Innovation*, 18 Tex. Intell. Prop. L.J. 373 (2010) ; et T. Kealey, *The Economic Laws of Scientific Research* 42 (1996).

8. V. S. Lapointe, *L'histoire des brevets* : disponible à <http://ladoc.ffii.fr/246-SLA.pdf>. – V. aussi V. Marchal, *Brevets, marques, dessins et modèles : Évolution des protections de propriété industrielle au XIX<sup>e</sup> siècle en France : Dossier thématique : L'invention technique et les figures de l'inventeur (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*. – Ou encore, L. Kaplow, *The Patent-Antitrust Intersection* : A Reappraisal. 97 Harv. 1813 (1984).

9. Certains États avaient au préalable légiféré sur la question, par exemple, le Massachusetts en 1641 et le Connecticut en 1672.

Ceux qui le font ne manquent généralement pas de relever que si la durée de 20 ans semble nécessaire pour le domaine pharmaceutique, elle ne saurait l'être, par exemple, pour les secteurs des nouvelles technologies<sup>19</sup>.

14 - Le peu d'études empiriques réalisées sur la question ne doit pourtant pas nous détourner du constat suivant : l'uniformité de la protection des brevets est contreproductive dans une grande majorité des cas<sup>20</sup>. Il n'y a finalement rien d'étonnant à cela lorsque l'on considère que cette durée de 20 ans ne résulte d'aucun calcul scientifique, mais plutôt d'une décision arbitraire depuis normalisée<sup>21</sup>. Cette durée de 20 ans renvoie à une ère industrielle dans laquelle les inventions – qui relevaient souvent de la machinerie – étaient moins courantes qu'elles ne le sont aujourd'hui. Le partage mondialisé des connaissances tend désormais à ce que les entreprises se fassent concurrence à un niveau technologique plus élevé qu'il ne le fut par le passé. La durée de 20 ans de protection est donc inadaptée au monde moderne, ce que nous entendons démontrer.

15 - En réalité, le système actuel de protection est similaire à une horloge cassée qui ne dit vrai que deux fois par jour seulement. La durée de 20 ans est adaptée aux quelques brevets qui nécessitent cette durée-là de protection<sup>22</sup>, tandis que tous les autres bénéficient d'une durée de validité qui est inappropriée.

16 - Le caractère inadapté de cette protection uniforme s'illustre à de multiples niveaux. Notons ainsi que le droit européen reconnaît un « certificat complémentaire de protection »<sup>23</sup> qui permet d'allonger la durée des brevets délivrés dans le domaine pharmaceutique de 5 ans. La nécessité d'adapter la durée de protection des brevets aux industries concernées est donc reconnue par le législateur européen. On constate également, selon les industries, que de nombreux brevets ne sont pas renouvelés, un phénomène qui concerne jusqu'à 60 % des brevets accordés<sup>24</sup>. Et d'autres sont renouvelés dans le but d'être vendus et/ou utilisés comme de véritables machines de guerre<sup>25</sup> – une nouvelle preuve de ce que la durée de 20 ans est inadaptée.

17 - Autoriser une durée de protection plus élevée que nécessaire a ainsi plusieurs conséquences :

- elle permet à l'entreprise détentrice d'imposer un prix de monopole ;
- elle tend à créer un chevauchement des droits de propriété intellectuelle qui sont maintenus pour une durée prolongée et, ainsi, à engendrer l'introduction de plus d'actions en justice pour violation des droits de propriété intellectuelle ;
- elle cause une réduction du niveau général de l'innovation dans la mesure où les inventions résultent souvent de l'absorption de plusieurs technologies et que le brevet inexploité de l'une d'entre elles peut bloquer tout le processus d'invention. Des études démontrent en effet que l'utilité globale des brevets dans le secteur des nouvelles technologies est située entre 3 et 10 ans après la délivrance<sup>26</sup>. Des brevets de 20 ans peuvent donc entraver le développement des technologies ultérieures<sup>27</sup> – jusqu'à trois générations de produits selon les cycles d'innovation<sup>28</sup> ;
- elle tend à augmenter le nombre de licences que doit demander un nouvel entrant et, de fait, le prix final du produit mis sur le marché ;
- elle facilite les activités des trolls de brevets – ces entreprises dont le seul objet est de menacer d'introduire de multiples actions en justice dans le but d'obtenir la conclusion d'accords amiables ;
- elle est contraire à la fonction même d'un titre de propriété intellectuelle dont l'objectif est d'encourager l'investissement tout en garantissant un juste équilibre entre les droits de l'inventeur, d'une part, et la liberté du commerce et de l'industrie dont jouissent les concurrents d'autre part.

18 - D'une manière générale, il faut bien noter qu'il n'existe pas de stricte corrélation entre la durée de protection des brevets et le niveau d'innovation. Dans le cas contraire, octroyer une durée de protection de 40 ans conduirait à un niveau d'innovation deux fois plus élevé qu'il ne l'est actuellement<sup>29</sup>. Ainsi, octroyer une période de protection particulièrement élevée ne produit que des effets positifs limités tandis que les effets négatifs – qui sont listés ci-dessus – sont eux tout à fait réels. Il semble donc urgent d'inventer un nouveau système de protection qui permette de stimuler l'investissement sans écraser la concurrence.

## 2. Propositions pour la mise en place d'un autre système de protection

19 - Déterminer un nouveau système de protection des brevets implique de déterminer quels sont ses objectifs. Nous l'avons dit, l'existence des brevets est justifiée par une logique utilitariste dans la mesure où les droits de propriété intellectuelle doivent permettre *in fine* de favoriser l'investissement. Partant, il est donc nécessaire que le régulateur ait pour objectif de maximiser leur utilité.

20 - Cela implique notamment que la nouvelle protection prenne compte des spécificités de chaque industrie, notamment en matière de vitesse de l'innovation, d'investissements dans la R & D, de capacité des concurrents à s'imiter les uns les autres, de nécessité d'intégrer des brevets enregistrés dans le développement de nouvelles inventions et du périmètre habituel des brevets qui peut

l'inadaptabilité du régime actuel de protection des brevets, V. par ex. C. Le Stanc, « *Soft IP* » : pour un brevet alternatif ? : *Propr. industr.* 2008, repère 10, « On prend conscience en tous cas, ici comme ailleurs, qu'en matière de propriété intellectuelle, comme en matière vestimentaire, la taille unique ne convient pas nécessairement à toutes les morphologies ».

19. V. J. A. DiMasi, R. W. Hansen & H. G. Grabowski, *The Price of Innovation : New Estimates of Drug Development Costs*, 22 *J. Health Econ.* 151 (2003). – V. aussi E. Michiko Morris, *The Myth of Generic Pharmaceutical Competition Under the Hatch – Waxman Act*, 22 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J.* 245 (2012).

20. Pour une analyse similaire en matière de droits d'auteur, V. N. Moureau et Al. Marciano, *Durée optimale de protection : les économistes battent la mesure, Durée optimale de protection : les économistes battent la mesure* : *Juris art etc.* 2013, n° 3, p. 22.

21. A. H. Khoury, *Differential Patent Terms and the Commercial Capacity of Innovation*, 18 *Tex. Intell. Prop. L.J.* 373 (2010) : « Nothing in research provides a convincing account of why such a "limited time" of twenty years is better than an eighteen year patent term or more justified than a twenty-two-year patent term. On the contrary, the legal history of the twenty year patent term shows that it is more a result of an arbitrary rule than a calculated term that is founded on solid rationales. Partnoy observes that "the patent term has not evolved in response to changes in any discernable set of variables, or even in any evident pattern". Consequently, Partnoy considers the conventional patent term to be "more historical accident than efficient evolution" ».

22. C. Michael White, *Why a Seventeen Year Patent*, 38 *J. Pat. Off. Soc'y* 839 (1956) : « For an inventor, a patent grant should be long enough to allow him to make the necessary transition from a sound idea to a workable production technique. Ideally, the protection should be sufficiently long to permit economically valid research and development costs to be recovered plus an equitable payment to the inventor ».

23. Cons. CE, régl. n° 1768/92, 18 juin 1992, concernant la création d'un certificat complémentaire de protection pour les médicaments.

24. E. Mansfield, *R & D and Innovation : Some Empirical Findings*, in *R & D, Patents and Productivity* 127, 143 (Zvi Griliches ed., 1984).

25. P. Ollier, *Why Patent Life Expectancy Matters*, No. 176 *Managing Intell. Prop.* 114 (2008).

26. M. Campbell-Kelly et P. Valduriez, *A Technical Critique of Fifty Software Patents*, 9 *Marq. Intell. Prop. L. Rev.* 249 (2005) : « Detailed examination shows that the patents' effective life is between three to ten years after issuance, with an average of five. The effective life of patents depends on the life of the technologies on which they bear, because system-software patents typically last longer than application patents whose technologies change more rapidly ».

27. B. N. Roin, *The Case for Tailoring Patent Awards Based on Time-to-Market*, 61 *UCLA L. Rev.* 672 (2014) : « when the patent system fails to call forth a new invention by offering too little protection, the public loses not just that one invention but also all future advances that would have come from it ».

28. J. E. Cohen et M. A. Lemley, *Patent Scope and Innovation in the Software Industry*, 89 *Cal. L. Rev.* 3, 16 (2001).

29. C'est ce que relève C. Michael White, *Why a Seventeen Year Patent*, 38 *J. Pat. Off. Soc'y* 839 (1956).

couvrir une invention toute entière ou une partie seulement de celle-ci<sup>30</sup>.

21 - Différents modèles ont donc été imaginés par de nombreux spécialistes – surtout nord-américains – afin de remplacer le système de protection uniforme des brevets. Certains tendent ainsi à ce que la durée de protection soit déterminée pour chaque brevet (A) tandis que d'autres établissent la nécessité de déterminer une durée de protection pour chaque industrie (B). Nous les étudions successivement.

22 - Notons au préalable que plusieurs auteurs ont également proposé la création d'une seconde forme de brevet, c'est le « *soft patent* » qu'avait imaginé l'un des anciens dirigeants de la société IBM<sup>31</sup> ou le « brevet de commercialisation » soulevé par le professeur Ted Sichelman<sup>32</sup>. Ces brevets alternatifs peuvent en effet palier au régime de protection uniforme des brevets, mais il nous semble qu'ils ne sauraient toutefois cacher la nécessité de réfléchir à réformer le régime général des brevets. Autrement dit, à l'évolution de la technique doit répondre une réforme en profondeur du régime des brevets.

### A. - Une durée de protection par brevet

23 - Plusieurs auteurs ont proposé que la durée de protection varie pour chaque brevet. Cette proposition a l'avantage – si tant est qu'elle soit réalisable – de permettre la mise en place d'un régime de propriété intellectuelle qui soit maximisé et qui réponde ainsi à sa logique utilitariste.

24 - Ce système pourrait consister à confier aux offices de délivrance le soin de déterminer eux-mêmes la durée de protection nécessaire à chaque brevet. Une autre hypothèse est envisagée par le professeur Tabarrok de l'université de George Mason qui propose que chaque entreprise indique la durée de protection souhaitée lors de sa demande de brevet<sup>33</sup>. La charge de la preuve lui reviendrait alors de démontrer la nécessité que l'office de délivrance lui accorde un brevet de 20 ans plutôt que de 3 ans seulement.

25 - L'une comme l'autre des solutions envisagées a l'avantage de son adaptabilité à chaque cas particulier, mais souffre de deux défauts majeurs. La sécurité juridique des entreprises – ou plutôt faudrait-il parler de prévisibilité juridique – serait bien trop réduite et pourrait décourager l'investissement<sup>34</sup> dans la mesure où l'obtention d'une protection suffisante ne serait assurée d'aucune façon. De même, outre le problème de prévisibilité s'ajoute le risque que les offices de délivrance, entièrement libres de détermi-

ner la durée de protection, délivrent tantôt un brevet d'une longue durée tantôt un brevet bien plus réduit quand bien même ils auraient les mêmes caractéristiques.

26 - Il semble également que faire varier la durée de protection des brevets à chaque cas particulier<sup>35</sup> serait **extrêmement coûteux**. L'USPTO délivre environ 350 000 brevets par an tandis que l'Office européen des brevets en délivre environ 70 000. Réaliser une analyse pour chacun d'entre eux ne semble donc pas être la voie à suivre, et ce, en dépit des excédents générés par les offices de délivrance<sup>36</sup>.

### B. - Une durée de protection déterminée par industrie

27 - La durée uniforme de protection des brevets doit être revue et corrigée au bénéfice d'une durée qui soit – au moins en partie – adaptée à **chaque industrie**<sup>37</sup>. Un tel système n'engendrerait pas de coûts liés à sa mise en œuvre qui soient particulièrement élevés, à la différence d'un mécanisme tendant à octroyer une durée de protection en fonction de chaque brevet. Il a d'ailleurs été mis en œuvre par le passé dans plusieurs pays tels que l'Allemagne, la Suisse, l'Égypte et bien d'autres encore qui ont eu un recours à ce dernier avant que l'Accord sur les ADPIC ne soit venu uniformiser la durée de validité<sup>38</sup>. Leur mise en œuvre est donc tout autant possible qu'elle est souhaitable.

28 - Les différents systèmes suggérés doivent par ailleurs tenir compte de deux paramètres principaux : (1°) ne pas intégrer de considérations politiques<sup>39</sup> et (2°) établir une méthode scientifique qui permette de déterminer le mieux possible la durée de protection nécessaire pour chaque industrie. Plusieurs méthodes ont été proposées afin de calculer la durée optimale de protection. Nous ne saurons prétendre à une exhaustivité en la matière, mais il nous semble toutefois que les quelques propositions majeures sont ici présentées.

#### 1° Les premières propositions

29 - William Naurdhus a consacré<sup>40</sup> une grande partie de ses travaux à cette question, et ce, dès la fin des années 1960. Ses études établissent la nécessité de faire varier la durée des brevets **en fonction de l'élasticité de la demande sur le marché, de l'importance du brevet et de son utilité sociale**, concluant ainsi à une durée optimale située entre 1 et 34 ans. Ses travaux souffrent de l'intégration des variables trop imprécises<sup>41</sup>, mais son idée d'introduire un calcul de l'utilité des brevets sera toutefois reprise.

30. D. L. Burk et M. A. Lemley, *Policy Levers in Patent Law*, 89 Va. L. Rev. 1575, 1577 (2003).

31. V. IBM flies soft IP Community patent plan, *Weekly news*, 31 juill. 2007 : [www.managingip.com](http://www.managingip.com). – Pour un commentaire détaillé de cette proposition, se reporter à Ch. Le Stanc, « Soft IP » : pour un brevet alternatif ? : *Propri. industr.* 2008, repère 10, « Le fonctionnement de cette Soft IP adossée au brevet communautaire serait simple. Le déposant d'une demande de brevet, dont aucune traduction ne serait imposée, ferait savoir à l'Office qu'il accepte de soumettre son titre à la licence de droit. Il bénéficierait alors d'une réduction du montant des taxes de maintien en vigueur et accorderait licence à qui la demanderait, pour des redevances amiablement fixées ou, en cas de désaccord, arrêtées par le juge du brevet communautaire ».

32. T. Sichelman, *Commercializing Patents*, 62 Stan. L. Rev. 341 (2010).

33. « So, what I suggest is a more flexible system. I'd like to have a 20-year patent, maybe a 15-year patent, maybe a 3-year patent. Something like that. And then we could say : You want to apply for a 3-year patent ? We are going to get this through the system quickly ; we won't look at it so much. Hurdle to make the case for it smaller. Exactly. You want a 20-year patent, though : You'd better show us that you really are deserving and put some costs in there », V. Tabarrok on *Innovation*, *EconTalk*, podcast du 26 déc. 2011, disponible à [www.econtalk.org/archives/2011/12/tabarrok\\_on\\_inn.html](http://www.econtalk.org/archives/2011/12/tabarrok_on_inn.html).

34. Sur ce thème, V. M. Abramowicz, *Perfecting Patent Prizes*, 56 Vand. L. Rev. 115 (2003) : « Most scholars who have tried to determine the optimal patent length, however, have not considered making patent life determinations on a case-by-case basis », citant W. D. Nordhaus, *Invention, Growth, and Welfare* 76 (1979) et C. Michael White, *Why a Seventeen Year Patent ?*, 38 J. Pat. Off. Soc'y 839 (1956).

35. N. U. Sukhatme, *Regulatory Monopoly and Differential Pricing in the Market for Patents*, 71 Wash. & Lee L. Rev. 1855 (2014) : « Ideally, patent term would be invention-specific, and it would be only as long as necessary to incentivize invention and no longer as additional term merely gives a patentee excess monopoly rents and incurs social costs ».

36. V. le rapport de la Cour des comptes en date du 20 octobre 2014 qui s'intéresse à l'INPI : « la Cour considère comme excessives les réserves financières sans emploi (115 M € à la fin de 2012) accumulées dans l'établissement, alors que le besoin en fonds de roulement est constamment négatif et que le niveau d'endettement est faible ».

37. N. U. Sukhatme, *Regulatory Monopoly and Differential Pricing in the Market for Patents*, 71 Wash. & Lee L. Rev. 1855 (2014) : « Regardless of one's perspective, it seems unlikely that, in an ideal world, patent term would be the same across all industry categories because the costs and benefits of patents vary across these categories. For example, a patented invention in a fast moving technological field might be obsolete well before its term ends. In other fields, however, each additional week of patent term might translate into millions of dollars in additional sales ». – Notons également que d'autres catégories – que les différentes industries – peuvent servir de base à une durée variable de protection des brevets. Les différentes classifications de produit qui sont reconnues par les offices de délivrance de brevet, par exemple, pourraient être utilisées en ce sens.

38. E. E. Johnson, *Calibrating Patent Lifetimes*, 22 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 269 (2006).

39. Un danger relevé par Landes et Posner, mais aussi par A. B. Jaffe et J. Lerner, *Innovation and Its Discontents*, 6 *Innovation Pol'y & Econ.* 27 (2006).

40. V. not. W. D. Nordhaus, *Invention, Growth, and Welfare : A Theoretical Treatment of Technological Change* (MIT Press 1969).

41. Sur ce thème, V. E. E. Johnson, *Calibrating Patent Lifetimes*, 22 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 269 (2006).

30 - Dans les années 1970, F.-M. Scherer<sup>42</sup> a développé une nouvelle proposition visant à octroyer une protection initiale de courte durée avec la **possibilité de l'étendre** à condition que le détenteur démontre l'utilité de son brevet<sup>43</sup>. Ces travaux s'inscrivent dans la continuité de ceux de William Naurdhus et entendent les rendre administrables. Ils tendent, toutefois, non pas à la détermination d'une durée de protection pour chaque industrie, mais à la mise en place d'un système de protection flexible qui aboutisse à ce que seuls les brevets les plus utiles bénéficient effectivement d'une durée de 20 ans.

31 - Au début des années 1990, les professeurs Richard Gilbert et Carl Shapiro<sup>44</sup> de l'université de Berkeley ont souligné que la durée des brevets et leur périmètre de protection fonctionnaient tels des **vases communicants**. Ils ont ainsi défendu la nécessité de réduire le périmètre des brevets tout en augmentant la durée de validité<sup>45</sup>. Leurs travaux ne sont donc pas dédiés à un calcul optimal de la durée de protection, mais font de cette durée une variable d'ajustement du périmètre des brevets.

32 - Au début des années 2000, un professeur à l'université de San Diego, Frank Partnoy, a proposé que la durée de protection des brevets varie en fonction de différentes variables financières, dont **les taux d'intérêt à l'emprunt sur les marchés**<sup>46</sup>. Nous n'avons toutefois pas connaissance d'autres études empiriques ayant démontré la relation entre la variation de ces taux d'intérêt et la durée de protection optimale des brevets.

### 2° Des mécanismes alternatifs trop incertains

33 - Plusieurs analyses plus récentes ont suggéré que la durée de protection des brevets varie en fonction de la **croissance de chaque industrie**. Ainsi, plus la croissance d'une industrie serait élevée, plus la durée de protection des brevets serait réduite afin que le dynamisme de celle-ci soit favorisé<sup>47</sup>. Ce mécanisme a l'avantage de la simplicité de sa mise en œuvre, mais il souffre toutefois de ne pas tenir compte du fait que les brevets puissent très précisément participer de la croissance d'un secteur.

34 - D'autres auteurs ont récemment proposé que la durée de protection des brevets soit réduite en fonction du **montant des investissements** nécessaire au développement d'une innovation dans chaque secteur<sup>48</sup>. Ils soulignent notamment qu'un tel système permettrait d'adapter la protection des brevets aux coûts « *post-innovation* » engendrés pour améliorer le produit. Ainsi, plus l'investissement serait élevé, plus la durée de protection le serait également. Cela permettrait, *a contrario*, que les innovations peu coûteuses soient protégées durant une courte durée et que

l'amélioration de ces dernières, elles aussi peu coûteuses, puisse intervenir rapidement.

35 - Notons ici qu'un tel système nécessiterait que de nouvelles compétences soient octroyées aux offices de délivrance des brevets, sans quoi ils seraient probablement sanctionnés pour avoir agi en dehors du cadre de leur compétence. Il nous semble qu'il en soit que cette théorie postule l'existence d'un lien systématique entre le montant des investissements et l'industrie concernée, ce qui ne saurait être démontré dans la mesure où toutes les inventions réalisées dans une industrie n'engendrent pas les mêmes investissements. La mise en place du système ici proposé ne nous paraît donc pas souhaitable.

### 3° De nouvelles propositions innovantes

#### a) Le « *time-to-market* »

36 - Un chercheur de l'université d'Harvard, Benjamin N. Roin, a récemment défendu que la durée de protection des brevets devait varier en fonction du « *time-to-market* ». La protection accordée varierait ainsi en fonction de la période constatée entre le jour du début des recherches et le jour de la commercialisation du produit. Ainsi, dans la mesure où un brevet serait particulièrement complexe, la protection acquise par l'entreprise serait augmentée d'autant que nécessaire<sup>49</sup>.

37 - Cette théorie, comme le précise son auteur, peut faire l'objet de deux variantes. Le « *time-to-market* » peut être calculé pour chaque brevet ou pour chaque industrie. Dans le premier cas, le système permet d'éviter que certaines inventions bénéficient d'une protection trop importante au prétexte qu'elles ont été développées dans une industrie qui bénéficie d'une protection conséquente<sup>50</sup>. Comme nous l'avons dit, un tel système est cependant très – trop – coûteux et potentiellement très difficile à mettre en œuvre. Il nous semble donc qu'il faille privilégier la seconde option, au risque que certaines innovations bénéficient effectivement d'une durée de protection trop étendue<sup>51</sup>. L'auteur de cette proposition relève que déterminer le « *time-to-market* » par industrie est particulièrement aisé, ce que d'autres études doivent venir confirmer<sup>52</sup>.

#### b) Les frais d'enregistrement et de prolongation de la protection

38 - Un professeur de l'université de Georgetown, Neel U. Sukhatme, a récemment proposé que les frais d'enregistrements des brevets – ainsi que ceux de prolongation de la protection – varient sensiblement d'une industrie à l'autre. Pour rappel, l'office français impose de payer des frais annuels afin de maintenir la validité d'un brevet et l'Office européen des brevets impose un paiement annuel après la troisième année. Un système similaire existe sur le sol nord-américain où des frais de renouvellement du brevet sont dus 3 ans et 6 mois, 7 ans et 6 mois ainsi que 11 ans et 6 mois après que le brevet ait été accordé.

39 - En augmentant drastiquement ces frais pour certaines industries, le professeur Sukhatme souligne que les brevets les moins utiles seraient de fait éliminés tout en permettant une protection pour les brevets dont la protection de 20 ans est nécessaire<sup>53</sup>.

42. F. M. Scherer, *Nordhaus' Theory of Optimal Patent Life : A Geometric Reinterpretation*, 62 *Am. Econ. Rev.* 422 (1972).

43. Pour une description, V. E. E. Johnson, *Calibrating Patent Lifetimes*, 22 *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.* 269 (2006).

44. R. Gilbert et C. Shapiro, *Optimal and Breadth*, 21 *RAND J. of Econ.* 106 (1990).

45. Sur ce thème, V. E. E. Johnson, *Calibrating Patent Lifetimes*, 22 *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.* 269 (2006). – V. au préalable les travaux du professeur Mansfield, E. Mansfield, *The Economics of Technological Change*, 210 (1968), cité dans J. E. L. Angeles, *Economics of Patent Law Revisited : Posting a Return on Investment Paradigm*, 82 *Phil. L.J.* 100 (2008).

46. F. Partnoy, *Finance and Patent Length*, 9 (*Univ. San Diego Sch. of L., Law & Econ. Research Paper No. 19, 2001*) : « I find that the optimal patent term is highly sensitive to changes in the term structure of interest rates and to changes in the timing of cash outflows and inflows related to patents. For example, I find that under certain assumptions a one percent shift in interest rates results in an approximately one year shift in the optimal patent term. Finally, I propose several alternative regimes under which the patent term could be made to vary in length based on interest rates or other financial variables ».

47. E. E. Johnson, *Calibrating Patent Lifetimes*, 22 *Santa Clara Computer & High Tech. L.J.* 269 (2006).

48. V. L. S. Osborn, J. M. Pearce et A. Haselhuhn, *A Case for Weakening Patent Rights*, 89 *St. John's L. Rev.* 1185 (2015). – Sur la variation des coûts liés aux développements d'une technologie d'une industrie à l'autre, V. W. Cohen, *Empirical Studies of Innovative Activity*, in *Handbook of the Economics of Innovation and Technological Change* 183, 214 (1995) ; et A. Arora et al., *R & D, Knowledge Spillovers, and Competitions among Firms with Asymmetric Technological Capabilities*, *Heinz School of Management Working Paper*.

49. B. N. Roin, *The Case for Tailoring Patent Awards Based on Time-to-Market*, 61 *UCLA L. Rev.* 672 (2014).

50. *Idem*.

51. Pour une approximation des durées, V. L. Larrimore Ouellette, *Patent Experimentalism*, 101 *Va. L. Rev.* 65 (2015) : « The time-to-market for new innovations can be under a year for software or insurance products but is typically well over a decade in fields such as oil and gas drilling, pharmaceuticals, and fuel cells ».

52. *préc. note* 47. – V., par ailleurs, une estimation réalisée par B. N. Roin, *préc.*, pour chaque industrie, dont 1 semaine à plusieurs mois pour les produits financiers, 5 à 14 mois pour les logiciels, 8 ans pour les panneaux solaires, 12 à 16 ans pour le domaine pharmaceutique et 7 à 25 ans pour les piles à combustible.

53. N. U. Sukhatme, *Regulatory Monopoly and Differential Pricing in the Market for Patents*, 71 *Wash. & Lee L. Rev.* 1855 (2014) : « It is one thing to determine

40 - Le mécanisme imaginé est le suivant : le législateur pourrait déterminer que le coût de renouvellement du brevet est de 100 000 € pour le secteur pharmaceutique, ou, à l'inverse, de 200 € seulement pour les secteurs les moins concurrentiels. Cela permettrait que seuls les brevets qui sont réellement utilisés par les entreprises soient reconduits. Il serait ainsi impossible qu'un brevet soit laissé en sommeil pendant quelques années et que son propriétaire décide de le vendre à un troll qui introduise une action en justice dans une industrie étrangère à celle pour laquelle le brevet avait été délivré.

41 - Une étude récente<sup>54</sup> tend à souligner les bienfaits de la proposition de Neel U. Sukhatme dans la mesure où il a été démontré que les trolls de brevet utilisent généralement des brevets qui arrivent à expiration, tandis que les procédures introduites par les entreprises ayant initialement obtenu le brevet interviennent durant les premières années de la vie de ce dernier. Ainsi, si les trolls de brevets ne représentent que 20 % des procédures introduites sur le sol nord-américain – on peut penser que ce chiffre est moins élevé en France et en Europe, mais aucune étude ne le démontre –, elles représentent 80 % des procédures introduites durant les 3 dernières années de la durée de protection. Augmenter les frais de maintenance des brevets permettrait donc d'éradiquer une partie de ces contentieux.

42 - La proposition du professeur Sukhatme<sup>55</sup> semble toutefois souffrir de quelques imperfections. L'absence d'étude prouvant un lien systématique entre la durée de développement d'une invention et son utilité<sup>56</sup> est la première d'entre elles. La mise en place du système imaginé pourrait permettre que des brevets très peu utiles, mais longs à développer, bénéficient d'une protection particulièrement longue. Il y a donc une déconnexion entre l'utilité du brevet et sa durée de protection, mais cette faiblesse doit être relativisée dans la mesure où si un brevet peu utile bénéficiait effectivement d'une protection étendue, l'industrie concernée ne serait pas particulièrement affectée par cette dernière dans la mesure où aucun des concurrents ne souhaiterait l'intégrer dans leurs inventions.

43 - Il n'en demeure pas moins que cette proposition nous semble être insuffisante si elle n'est pas accompagnée d'autres mesures visant à réduire la durée de protection. Imposer des frais de renouvellements relativement élevés peut en effet ne pas suffire à décourager les trolls de les payer tant on sait qu'ils permettent de générer de très importants revenus. Il ne faudrait pas, également, que les frais soient à ce point élevés qu'ils découragent des entreprises qui utilisent effectivement le brevet pour ses qualités techniques.

44 - En somme, la solution proposée par le professeur Neel U. Sukhatme nous semble être **en partie efficace** dans la mesure où elle peut être appliquée dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et qu'elle a l'avantage de sa flexibilité. Les frais de renouvellement des brevets pourraient en effet être adaptés à chaque industrie et ajustés sur la base du nombre de dépôts constaté. Elle est toutefois **insuffisante** parce qu'elle ne permet pas d'éliminer tous les brevets qui permettent d'introduire des actions dites frivoles, sauf à décourager les inventeurs de déposer un brevet.

*what constitutes an optimal term in a particular industry ; it is another thing to actually implement it. Assuming policymakers wish to have industry-specific patent terms, they should use the more nuanced approach to implementing differential term described in this Article. Namely, they should use differentially higher maintenance fees to effectively limit term to the extent they desire ».*

54. B. J. Love, *An Empirical Study of Patent Litigation Timing : Could a Patent Term Reduction Decimate Trolls without Harming Innovators*, 161 U. Pa. L. Rev. 1309 (2013).

55. Cette théorie est largement reprise, V. par ex. A. F. Christie et F. Rotstein, *Duration Of Patent Protection : Does One Size Fit All*, 3 J. Intell. Prop. L. & Pract. 402 (2008). – V. également L. S. Osborn, J. M. Pearce et A. Haselhuhn, *A Case for Weakening Patent Rights*, 89 St. John's L. Rev. 1185 (2015).

56. C'est ce que relève son auteur, V. B. N. Roin, *The Case for Tailoring Patent Awards Based on Time-to-Market*, 61 UCLA L. Rev. 672 (2014).

### 3. Propositions de notre étude : une durée variable à deux niveaux

45 - Ces différentes théories doivent être examinées par des économistes capables d'évaluer quelle est celle qui permettra le mieux de déterminer la durée optimale des brevets mais nos travaux de juriste ont également leur importance tant les problématiques concurrentielles ne doivent pas être ignorées (A). Nous esquissons ainsi les contours d'un nouveau système de protection des brevets (B) et en tirons quelques conclusions pratiques (C) qui adressent la problématique de l'Accord sur les ADPIC.

#### A. - L'utilité de la problématique concurrentielle

46 - Le droit de la concurrence est généralement utilisé comme une variable d'ajustement de la propriété intellectuelle. Les règles qui s'y rattachent ne permettent presque jamais de contester l'**existence** même des droits de propriété intellectuelle, mais plutôt l'**utilisation** qui en est faite.

47 - Nous défendons ici la nécessité d'intégrer les analyses concurrentielles au stade de la **création** des droits de propriété intellectuelle afin que l'utilisation subséquente de ces derniers ne cause pas de dommage au processus concurrentiel. Cela implique de prendre en compte les caractéristiques de chaque industrie dans la mesure où, par exemple, certaines créent de fait des incitations à l'investissement en garantissant une situation de monopole à court et moyen terme. Des spécialistes du droit de la concurrence doivent ainsi être intégrés aux offices de délivrance des brevets. Trop d'études tendent à ne faire varier la durée de validité des brevets qu'en fonction des seuls critères économiques. Ces derniers sont nécessaires, mais insuffisants. Deux exemples l'illustrent parmi tant d'autres.

#### 1° L'exemple des marchés technologiques

48 - L'exemple des **nouvelles technologies** illustre en quoi les analyses de droit de la concurrence peuvent et doivent venir compléter celles des économistes. On constate en effet la présence de nombreux « effets de réseau » sur ces marchés technologiques – phénomène par lequel l'utilité d'une technologie augmente en fonction du nombre d'utilisateurs. Ainsi, les inventions technologiques sont protégées – au moins à court terme – par ces effets de réseau qui viennent suppléer la protection conférée au titre de la propriété intellectuelle.

49 - Il est ainsi possible de se questionner sur l'utilité des brevets dans le secteur des nouvelles technologies, dans la mesure où les effets de réseau protègent en effet une technologie tout entière à la différence des brevets qui ne protègent souvent qu'un seul composant.

50 - Notons toutefois que les brevets peuvent avoir quatre utilités sur les marchés technologiques, en dépit des caractéristiques inhérentes de ces derniers : (1) ils assurent à l'inventeur de pouvoir compenser les investissements engagés, quand bien même la technologie serait rejetée par les consommateurs et quand bien même aucun effet de réseau ne serait ainsi constitué ; (2) les brevets peuvent également permettre un pont entre la période d'introduction du produit et celle de création des effets de réseau ; (3) ils peuvent aussi servir aux sociétés de petite taille qui interviennent sur des marchés où une autre société a d'ores et déjà créé un effet de réseau et qui pourraient vouloir introduire une technologie concurrente ; (4) enfin, tous les marchés technologiques ne bénéficient pas nécessairement d'un effet de réseau et ils ont ainsi une utilité dans ce cas précis. À titre d'exemple, un constructeur de puces informatiques ne jouit d'aucun effet de réseau, les brevets sont donc nécessaires à la protection de son investissement.

51 - Les brevets semblent ainsi avoir un rôle à jouer sur les marchés technologiques où les effets de réseau ne suffisent pas toujours à assurer un retour complet sur investissement. Il n'en

demeure pas moins que ces effets qui peuvent constituer des barrières à l'entrée doivent être intégrés à l'analyse du calcul de la durée optimale des brevets.

### 2° L'exemple des marchés télécoms et de transport

52 - Les marchés des **télécoms** ou des **transports** illustrent également en quoi les caractéristiques propres d'un marché peuvent générer, de fait, une incitation à l'investissement. Les infrastructures dont bénéficient les opérateurs en place peuvent ne pas être duplicables – on imagine mal une société construire un deuxième réseau ferré sur l'ensemble du territoire, ou installer des antennes de sorte à couvrir le pays tout entier – ce qui leur permet de jouir d'une position de monopole *de facto* sans que des droits de propriété intellectuelle ne soient nécessaires.

53 - Ainsi, une entreprise dominante sur ces marchés est plus ou moins certaine du fait que ses investissements soient rentables sans qu'une protection au titre de la propriété intellectuelle ne soit nécessaire. La SNCF n'a pas besoin de breveter un mécanisme visant à l'ouverture des portes de ses wagons afin de recouvrer ses investissements.

54 - Mais bien entendu, une fois encore, les caractéristiques du marché peuvent ne pas suffire à assurer une protection entièrement équivalente à celle procurée par les brevets. Un nouvel entrant sur ces industries pourrait par exemple vouloir disposer d'un brevet afin d'octroyer une licence à l'entreprise détentrice du réseau de voies ferrées. Il n'en demeure pas moins que la présence de fortes barrières à l'entrée ne doit pas être renforcée par l'octroi d'un brevet pour une durée de 20 ans.

### B. - Le mécanisme envisagé par notre étude

55 - Notre étude propose la création d'un nouveau mécanisme de protection des brevets. Si, une fois encore, nous laissons à d'autres la question du périmètre de protection, il nous semble que la durée pourrait être adaptée tel que suit :

- **1. Au niveau de l'industrie** : La durée de protection est encadrée par une fourchette, pour chaque industrie, en fonction du critère le plus adéquat<sup>57</sup> – *time to market*, niveau des investissements... Par défaut, chaque brevet bénéficie donc d'une durée qui correspond au bas de la fourchette.

La détermination de cette fourchette est également accompagnée d'une évaluation des frais d'enregistrement et de prolongation des brevets en fonction de chaque industrie. Ces deux variables – durée de protection initiale et frais de renouvellement – sont intimement liées et permettent une protection effective qui s'approche le plus possible de celle qui est nécessaire pour chaque industrie. Elles ne permettent toutefois pas à elles seules d'atteindre un niveau d'efficacité optimal en matière de protection des brevets, notamment parce qu'elles n'intègrent pas les caractéristiques concurrentielles des marchés qui, une fois encore, ne sauraient être opposées à toutes les entreprises qui sont présentes sur tel ou tel secteur.

- **2. Au niveau du brevet** : Les entreprises qui le désirent – et seulement celles qui le désirent – ont également la possibilité de démontrer la nécessité qu'elles obtiennent une durée de protection correspondant au haut de la fourchette<sup>58</sup>. La charge de la preuve leur

incombe, ce qui a pour effet de rallonger quelque peu la procédure sans pour autant augmenter sensiblement les frais de fonctionnement des offices de délivrance<sup>59</sup>. Les informations fournies par les entreprises sont alors expertisées par divers spécialistes – dont certains en droit de la concurrence – qui sont en charge, tel qu'évoqué au préalable dans notre étude, d'évaluer les caractéristiques concurrentielles de chaque marché et si l'entreprise en question peut en bénéficier. Le droit de la concurrence est donc intégré au processus afin de déterminer si l'entreprise doit bénéficier du haut ou seulement du bas de la fourchette.

- **3. Une fois délivré** : l'entreprise doit prouver l'application industrielle de son brevet<sup>60</sup>. Tous les brevets non exploités pour leurs qualités techniques dans un délai de 4 ans ouvrent droit à une action en déchéance de la part d'un tiers devant les tribunaux compétents. Une obligation de prouver l'exploitation effective du brevet peut également être imposée à intervalles réguliers, de sorte que les trolls ne puissent se saisir de brevets en réalité inexploités pour leurs aspects techniques.

56 - Cette proposition en trois temps a plusieurs intérêts. Elle permet, tout d'abord, que chaque industrie bénéficie d'une durée de protection adaptée tout en supprimant la durée uniforme de 20 ans qui enraye l'innovation. Elle assure également la rapidité des procédures devant les offices de délivrance qui, si les entreprises en font le choix, peuvent bénéficier d'une protection minimale sans qu'il ne soit nécessaire qu'elles entrent dans quelques considérations économiques et concurrentielles. Cette proposition permet, dans le même temps, que les entreprises qui le désirent jouissent d'une protection quelque peu augmentée et qui soit parfaitement adaptée à chacun de leur brevet. L'écosystème économique tout entier s'en trouve renforcé sans que le droit ne soit complexifié.

57 - Une fois octroyé, le brevet n'est maintenu que si l'entreprise prouve qu'elle en fait une application industrielle. Ce mécanisme permet d'éliminer les quelques brevets qui, bien que leur durée initiale de protection ait été adaptée, sont en réalité tombés en désuétude, et ce avant qu'un troll de brevet ne vienne s'en saisir. Une fois encore, le niveau général d'innovation sera nécessairement augmenté dans la mesure où les entreprises qui sont attaquées par ces trolls n'auront plus à déboursier d'importantes sommes afin d'assurer leur défense – ou de payer la somme prévue dans un accord amiable.

### C. - Et concrètement ?

58 - Une question demeure : comment intégrer ces différentes propositions dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC qui contraint les pays membres de l'OMC ?

59 - L'article 33 de l'Accord sur les ADPIC dispose que « la durée de la protection offerte ne prendra pas fin avant l'expiration d'une période de 20 ans à compter de la date du dépôt », mais ce même accord prévoit toutefois les termes de l'octroi d'une dérogation : « une demande de dérogation ou de prorogation d'une dérogation existante contiendra une description des mesures que le Membre se propose de prendre, des objectifs spécifiques qu'il cherche à atteindre et des raisons qui l'empêchent de réaliser lesdits objectifs au moyen de mesures compatibles avec les obligations qui découlent pour lui du GATT de 1994 »<sup>61</sup>. Il est donc bien entendu,

57. Les économistes doivent déterminer quels critères doivent être retenus. Cela ne fait donc pas l'objet de notre étude qui se contente de lister les principales méthodes envisageables.

58. Précisons qu'un tel système ne serait pas plus à l'avantage des entreprises dominantes que des PME dans la mesure où les caractéristiques du marché concerné pourraient bénéficier à l'une ou l'autre, selon le type d'industrie. Ainsi, une PME pourrait se prévaloir de la nécessité d'obtenir un brevet prolongé en raison de l'effet de réseau dont jouit le produit d'une société dominante, ce que cette dernière ne pourrait pas faire. Notons également que toutes les sociétés ayant mis au point une invention seraient en capacité d'expliquer les difficultés rencontrées durant son développement, et, de fait, la nécessité éventuelle d'obtenir un brevet prolongé. Le système que nous proposons n'est donc pas plus à l'avantage des entreprises d'une taille importante que des nouveaux entrants.

59. Notons que la nécessité d'accompagner ce mécanisme d'une possibilité pour les entreprises concernées de soulever une inégalité de traitement – à défaut de quoi deux inventions d'une même utilité sur un même marché pourraient être traitées différemment sans qu'aucune justification ne soit apportée – peut être débattue.

60. V. en cela les similarités avec le « brevet de commercialisation » imaginé par le professeur Ted Sichelman : « *The working requirement is straightforward : commercialize the invention or lose the patent* ». – V. T. Sichelman, *Commercializing Patents*, 62 *Stan. L. Rev.* 341 (2010). – Qu'il me soit permis de préciser que cette proposition est le fruit d'une discussion très productive avec Jean-Loup Jaumard, spécialiste des questions de propriété industrielle.

61. V. le memorandum d'accord concernant les dérogations aux obligations découlant de l'accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994.

dans l'esprit même des rédacteurs de cet accord, que ses termes peuvent être modulés.

60 - Les autorités publiques seraient donc bien avisées de demander à l'OMC l'autorisation d'expérimenter<sup>62</sup> en établissant de nouvelles durées pour certaines industries<sup>63</sup>. Supposons que la durée de protection des brevets soit actuellement trop élevée en ce qui concerne l'industrie des nouvelles technologies, acter une

62. L'OMC prévoit en effet la possibilité d'octroyer des dérogations, notant que les membres de l'OMC peuvent exempter « un pays de satisfaire aux engagements habituels. Les dérogations sont limitées dans le temps et toute prorogation doit être justifiée », V. [www.wto.org/french/thewto\\_f/glossary\\_f/waiver\\_f.htm](http://www.wto.org/french/thewto_f/glossary_f/waiver_f.htm).

63. B. N. Roin, *The Case for Tailoring Patent Awards Based on Time-to-Market*, 61 *UCLA L. Rev.* 672 (2014) : « It is difficult to imagine that a twenty-year monopoly provides the optimal incentives for the development of both artificial-heart technology and the slide-to-unlock software for smartphones. Many commentators – and even some industry executives – advocate shortening the patent term for software as a solution to the industry's current patent crisis ».

baisse de 2 ans permettrait donc de constater à court terme quels sont les effets sur le nombre de dépôts de brevet tout en s'assurant de ne pas offrir une protection qui soit à l'évidence trop restreinte.

61 - Dans le même temps, un groupe de travail réunissant juristes et économistes pourrait être constitué dans le but de déterminer effectivement une fourchette de protection pour chaque industrie, une première étape vers le mécanisme de protection envisagé dans notre étude. Rien n'empêche, également, que des spécialistes de droit de la concurrence soient d'ores et déjà intégrés aux offices de délivrance des brevets. Rappelons, enfin, que l'augmentation des frais d'enregistrement et de renouvellement des brevets peut être modulée, industrie par industrie, sans que cela contrevienne à l'Accord sur les ADPIC. Ne restons donc pas immobiles, il serait sinon impossible de graver le nouveau marbre du droit des brevets. ■

**Mots-Clés :** Brevet - Durée de protection - Durée de protection optimale

NOUVEAU

LexisActu.fr

Vos news juridiques personnalisées en temps réel !





- 📶
**Personnalisez votre fil d'actualité :** choisissez les matières à suivre et le rythme de réception des newsletters.
- 🕒
**Gagnez du temps :** des dépêches concises et pertinentes sont publiées sans délai.
- ✉️
**Restez en prise directe avec l'actualité :** recevez des e-mails d'alerte lorsqu'une information le justifie.
- 👍
**Bénéficiez de l'expertise de juristes :** une équipe dédiée garantit la qualité scientifique de l'information.
- 💬
**Allez encore plus loin :** grâce à des renvois vers les textes de référence et la doctrine sur Lexis 360®.

OFFRE DE LANCEMENT

25 %

de remise sur votre abonnement

jusqu'au 31/12/2017

Web / Tablette / Mobile

À découvrir dès maintenant !

boutique.lexisnexis.fr



LexisNexis®

LexisNexis - 141, rue de Javel - 75747 Paris Cedex 15 - 552 029 431 RCS Paris - 19ALLMD051