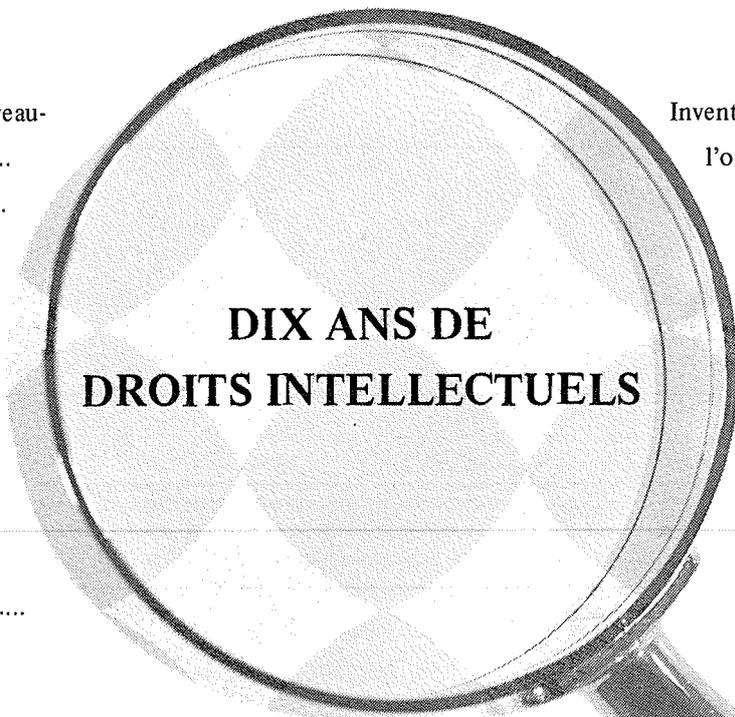


DOSSIERS

BREVETS

1979 I

Conditions de brevetabilité... nouveauté... antériorité de toutes pièces.....
combinaison..... emploi nouveau...
activité inventive....avis documentaire..... restauration..... certificat d'utilité cession.....
combinaison de moyens connus.
licence obligatoire..... taxes
contrefaçon action.....
saisie-contrefaçon.... divulgation..
action en revendication.... possession personnelle..... nullité.....



**DIX ANS DE
DROITS INTELLECTUELS**

Invention d'employé l'homme du métier...
l'office européen des brevets.... procédure d'examen contenu de la demande de brevet européen.... rôle des examinateurs..... représentation devant l'O.E.B..... le brevet communautaire émanation du Traité C.E.E.... P.C.T..... sous-licence..... contrat de communication de savoir-faire.... compétence..... arbitrage

Les rédacteurs des Dossiers Brevets présentent leurs remerciements à :
Messieurs les Professeurs A. CHAVANNE, A. FRANÇON, J-M MOUSSERON, Mesdames M-A PEROT-MOREL,
J. SCHMIDT, Messieurs C. LE STANC, M. VIVANT qui ont bien voulu nous autoriser à publier leurs études
parues dans : DIX ANS DE DROIT DE L'ENTREPRISE, ainsi que l'étude de Monsieur le Professeur A.
FRANÇON parue dans le numéro spécial : «DIX ANS DE PIBD».

Les Dossiers Brevets tiennent également à remercier le PIBD et les éditeurs de l'ouvrage DIX ANS DE
DROIT DE L'ENTREPRISE.

A l'occasion de ses Xèmes JOURNEES D'ACTUALITES DE DROIT DE L'ENTREPRISE, le CENTRE DU DROIT DE L'ENTREPRISE a publié, voici quelques mois, 48 études brochant, en quelque 1080 pages, un véritable panorama de

DIX ANS DE DROIT DE L'ENTREPRISE ()*

1968 - 1978

*Nous avons jugé utile de mettre à la disposition des praticiens de la propriété industrielle les quatre études générales consacrées à notre secteur par Mesdames M.-A. PEROT-MOREL et J. SCHMIDT et Messieurs A. CHAVANNE, A. FRANÇON, C. LE STANC, J.-M. MOUSSERON et M. VIVANT enrichies grâce à l'amabilité de Mademoiselle M. DELLINGER de l'article que Monsieur A. FRANÇON avait bien voulu consacrer aux dessins et modèles dans le numéro également anniversaire du PIBD (**)* en les regroupant en

DIX ANS DE DROITS INTELLECTUELS

1968 - 1978

Au terme de dix années très lourdes et très riches pour la propriété industrielle, au départ d'une nouvelle période qui demandera aux praticiens de très gros efforts d'adaptation, il nous a semblé opportun de regrouper ces travaux fondamentaux.

DOSSIERS BREVETS et le CENTRE DU DROIT DE L'ENTREPRISE remercient leurs auteurs et leurs éditeurs.

(1) Dix ans de Droit de L'Entreprise, (208 frs franco) distribué par Litec, 27 Place Dauphine, PARIS I. Centre du Droit de l'Entreprise, Faculté de Droit, 39 rue de l'Université - 34000 MONTPELLIER. Nous signalons, également, dans cet ouvrage, les études suivantes :

- J. AZEMA, L'incidence du droit français de la concurrence sur les droits de propriété industrielle*
- J.J. BURST, Groupes de sociétés et droit de la propriété industrielle*
- R. PLAISANT, L'évolution de l'action en concurrence déloyale.*

L'index des articles est adressé sur simple demande au CENTRE DU DROIT DE L'ENTREPRISE

(2) PIBD, n. spécial Xème anniversaire, (12 frs) distribué par INPI, 26 bis rue de Léningrad, PARIS 8

" DIX ANS DE DROITS INTELLECTUELS "

	<u>Page</u>
I - DIX ANS DE DROIT D'AUTEUR	
1. L'influence des facteurs techniques sur l'évolution contemporaine du droit d'auteur.....	9
A. La reprographie.....	10
B. La télécommunication par satellites.....	13
C. La distribution par cable de programmes de télévision. L'utilisation des cassettes et des disques audiovisuels. La protection des programmes d'ordinateurs.....	14
2. L'influence des facteurs politiques sur l'évolution contemporaine du droit d'auteur.....	16
A. La détente entre l'Est et l'Ouest.....	16
B. L'accession à l'indépendance des pays en voie de développement.....	16
C. Le développement du Marché Commun.....	18
II - DIX ANS DE DROIT DES MARQUES.....	24
1. Les modifications législatives.....	25
A. La naissance du droit par le seul dépôt.....	26
B. L'examen préalable.....	28
C. La déchéance pour défaut d'exploitation.....	30
2. Evolution jurisprudentielle.....	31
A. Le principe de la spécialité.....	31
B. La contrefaçon.....	33
III - DIX ANS DE DROIT DES DESSINS ET MODELES.....	38
1. La jurisprudence récente en matière de dessins et modèles.....	40
I. Conditions d'acquisition du droit.....	40
A. Conditions de fond.....	40
B. Conditions de forme.....	41
II. La titularité du droit sur le dessin ou modèle.....	42
A. Au profit de qui peut naître le droit sur le dessin ou modèle ?.....	42
B. Conditions de forme des cessions de droits.....	44

	<u>Page</u>
III. Les sanctions.....	46
2. Les difficultés d'une convention européenne en matière de dessins et modèles industriels.....	48
I. Les difficultés concernant l'harmonisation préalable des législations.....	50
A. Le système de l'unité de l'art.....	50
B. Le système de la séparation absolue des protections.....	52
C. Les systèmes intermédiaires.....	53
II. Les difficultés concernant les modalités techniques d'une réglementation spécifique.....	55
IV - DIX ANS DE DROIT DES BREVETS D'INVENTION.....	60
1. Que sont devenues, en dix ans, les conditions d'application du système des brevets ?.....	64
A. Application dissociée des systèmes nationaux de brevets.....	64
B. Application cumulée des systèmes nationaux de brevets.....	73
2. Que sont devenues, en dix ans, les effets de l'application du système des brevets ?.....	82
A. La réservation des inventions brevetées.....	82
B. La commercialisation des inventions brevetées...	88

CHAPITRE 1
DIX ANS DE DROIT D'AUTEUR

André FRANÇON

Dresser le bilan de dix ans d'évolution du droit d'auteur, comme il nous a été demandé de le faire, n'est pas une tâche aisée. En effet, la décennie qui vient de s'écouler ne semble pas constituer spécialement une période clé dans l'histoire de la propriété littéraire. Le découpage réalisé n'est donc pas exempt d'arbitraire. Pour cette raison, quitte à ne pas respecter toujours strictement les limites de temps dont fait état le titre de cet article, on cherchera surtout à dégager ici les grandes tendances de l'évolution contemporaine du droit d'auteur. D'autre part, à une époque où la circulation des œuvres de l'esprit fait de plus en plus abstraction des frontières, on évitera de se borner à une vision purement nationale des choses et l'on rendra compte, le plus souvent possible, des plus récents développements du droit international en la matière. Enfin, l'on ne s'en tiendra pas, dans cet article, à une notion étroite de la propriété littéraire, car le développement des moyens de diffusion des œuvres à l'époque contemporaine a fait proliférer les candidats à une protection qui est souvent présentée comme relevant des droits voisins plutôt que du droit d'auteur proprement dit.

Si l'on essaie de prendre quelque recul vis-à-vis de l'événement, il semble que, pour caractériser l'évolution subie par le droit d'auteur ces dernières années, l'on peut dire qu'elle s'est essentiellement faite sous la pression de deux séries de facteurs : les uns sont d'ordre technique (I), les autres d'ordre politique (II).

I. — L'INFLUENCE DES FACTEURS TECHNIQUES SUR L'ÉVOLUTION CONTEMPORAINE DU DROIT D'AUTEUR

L'on veut ici faire état des problèmes que pose, en matière de droit d'auteur, le développement des moyens modernes de diffusion des œuvres de l'esprit. Sans doute ce phénomène n'est-il pas nouveau. Conçu à l'origine en fonction d'une situation dans laquelle un auteur ne pouvait espérer transmettre sa production au public qu'en la faisant imprimer ou représenter au théâtre ou dans une salle de concert, le droit d'auteur a déjà dû s'adapter, dans le passé, pour tenir compte de l'apparition et du développement de la photographie, du disque, du cinéma, de la radio et de la télévision. Mais cet effort n'a pas suffi et la technique a posé, ces dernières années, de nouveaux problèmes à tous ceux qui s'intéressent au droit d'auteur. On en dressera ici un rapide bilan.

A. — LA REPROGRAPHIE

Celle-ci a pris un essor inouï ces dernières années. Elle permet une reproduction aisée, rapide et peu coûteuse des œuvres et constitue à ce titre une concurrence redoutable pour l'édition. Sans doute est-il traditionnel de dire que les reproductions à usage privé échappent à l'emprise du droit d'auteur. Toutefois cette attitude ne se justifie que dans la mesure où de telles reproductions restent peu nombreuses, ce qui était certes le cas à l'époque où les copies à usage privé étaient manuscrites, mais qui n'est plus vrai aujourd'hui avec le développement des appareils à photocopier.

A l'inverse, devant la facilité avec laquelle sont susceptibles d'être réalisées les photocopies, il est permis de trouver peu réaliste de soumettre à une autorisation de l'auteur toute reproduction par reprographie d'une de ses œuvres et l'on peut être tenté de décider que cette dernière permettra seulement à l'auteur de prétendre à une rémunération.

Mais rares sont les législateurs qui ont d'ores et déjà abordé le problème de front et l'état actuel du Droit positif, tant sur le plan interne (1) qu'à l'échelle internationale (2), met en général plutôt en présence de textes qui ne règlent pas vraiment la difficulté.

1) *En France*, les rédacteurs de la loi du 11 mars 1957 n'avaient, semble-t-il, guère pressenti l'importance de cette question. Tout au plus ont-ils dit, dans l'article 41 de la loi, que « lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire... 2) les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective ».

Récemment plusieurs éditeurs cessionnaires du droit de reproduction sur certaines œuvres ont intenté un procès contre le Centre National de la Recherche Scientifique (C.N.R.S.) pour les photocopies desdites œuvres que, sans leur accord, cet organisme de droit public a délivrées à des personnes qui les lui demandaient. Par un jugement longuement motivé en date du 28 janvier 1974, le Tribunal de grande instance de Paris a condamné le C.N.R.S. (1). Pour ce faire, le tribunal a scruté la mission du C.N.R.S., telle qu'elle est précisée par un décret du 9 décembre 1959. De cette mission, il a déduit que le C.N.R.S. pouvait valablement délivrer des photocopies aux chercheurs pourvu que ceux-ci, 1) justifient de leur qualité et 2) souscrivent un engagement de n'user de la photocopie à eux remise qu'à des fins de recherche excluant toute utilisation commerciale. C'est seulement parce que ces conditions n'avaient pas été remplies en l'espèce que le tribunal a condamné le C.N.R.S.

Il y a certes lieu d'approuver le jugement d'avoir condamné le C.N.R.S. Mais sa motivation apparaît critiquable. En effet, le décret

(1) T.G.I. Paris 28 janv. 1974, D. 1974, J. 337. note Desbois.

du 9 décembre 1959 instituant le C.N.R.S. ne comporte en réalité aucune disposition dispensant le C.N.R.S. de se conformer à la loi de 1957. Dès lors, c'était cette dernière loi seule qui devait être envisagée pour régler le litige. Or, il est bien certain que les photocopies effectuées par le C.N.R.S. n'étaient pas au nombre de celles que l'article 41-2° de la loi de 1957 fait échapper au droit de reproduction. En effet, dans le cas considéré, 1) c'est le C.N.R.S. qui est copiste et 2) les photocopies qu'il réalise ne sont pas destinées à son propre usage privé.

Quoiqu'il en soit, le jugement du tribunal a perdu par la suite toute valeur juridique, car la Cour de cassation a jugé que, en raison de la qualité d'organisme de droit public du C.N.R.S. défendeur au procès, l'instance aurait dû être portée devant les tribunaux administratifs et non devant les tribunaux judiciaires (2).

D'autre part, l'article 22 de la loi de finances pour 1976 (3) a instauré une taxe de 3 % sur la vente et l'importation en France d'appareils de reprographie. Toutefois, le montant de cette taxe n'est pas versé aux auteurs ni à leurs représentants, mais est affecté à des fins culturelles. L'instauration de cette taxe ne peut donc que laisser les auteurs insatisfaits. Du moins M. Michel Guy, alors secrétaire d'Etat à la Culture, a-t-il déclaré devant le Sénat à la séance du 3 décembre 1975 (4) « que l'institution de la taxe sur la reprographie ne modifie en rien le système de protection des droits d'auteur institué par la loi du 11 mars 1957 ». Il est donc probable que les auteurs devront poursuivre leur action afin d'obtenir la juste réparation du préjudice que leur cause la reproduction non autorisée de leurs œuvres par la reprographie.

2) *Sur le plan du droit international*, la question n'est guère plus mûre. Les Conventions internationales sur le droit d'auteur s'en tiennent à des formules vagues en ce qui concerne les exceptions que les législations nationales des pays qui y sont parties peuvent apporter au droit de reproduction. L'article IV bis de la Convention universelle, tel qu'il a été adopté lors de la Conférence de révision de Paris de 1971, porte seulement que les exceptions au droit de reproduction doivent rester compatibles avec un « niveau raisonnable de protection effective » et ne pas être « contraires à l'esprit et aux dispositions de la Convention (universelle) ». De son côté, l'article 9 alinéa 2 de la Convention de Berne, dans sa rédaction élaborée en 1967 et adoptée sans changement en 1971 indique simplement qu'« est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction (des) œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injus-

(2) V. 1^{re} Civ. 19 fév. 1975, J.C.P. 1975, II, 18163.

(3) V. J.C.P. 1976, III, 43661.

(4) Séance au Sénat 3 déc. 1975, J.O. Déb. Parl. 1975, p. 4035.

tifié aux intérêts légitimes de l'auteur ». Cependant le rapport officiel de la Conférence de Stockholm de 1967 fournit une indication intéressante sur les solutions que ce dernier article peut commander en matière de reprographie. Il s'exprime ainsi :

« Si la photocopie consiste dans la confection d'un très grand nombre d'exemplaires, elle ne peut pas être perdue car elle porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Si elle implique la confection d'un nombre d'exemplaires relativement grand pour utilisation dans des entreprises industrielles, elle peut ne pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, sous la condition que, selon la législation nationale, une rémunération équitable doive être versée. Si elle est faite dans une petite quantité d'exemplaires, la photocopie peut être permise sans paiement, notamment pour un usage individuel ou scientifique » (5).

Cette approche n'a cependant pas paru suffisante pour régler le problème des photocopies. Un effort d'approfondissement a été tenté à l'occasion d'une réunion de deux sous-comités d'experts tenue à Washington en juin 1975, à l'initiative conjointe du Comité intergouvernemental du droit d'auteur, organisme exécutif de la Convention universelle et du Comité exécutif de l'Union de Berne. Les experts ont estimé que la question de la reprographie pouvait être tranchée avec le concours des seules conventions sur le droit d'auteur existantes et sans qu'il soit nécessaire d'élaborer un nouvel instrument international. Sans vouloir imposer aucune solution aux législateurs nationaux, les experts ont suggéré trois formules pour régler le problème de la reprographie (67). M. Kerever les résume ainsi. La première consiste en ce qu'on peut appeler les systèmes contractuels.

« Ils désignent le régime suivant lequel l'éditeur stipulerait, dans l'exemplaire matériel de l'ouvrage diffusé, les conditions pécuniaires aux termes desquelles l'acheteur de l'exemplaire pourrait acquérir le droit de le photocopier. En achetant l'exemplaire, l'utilisateur accepterait ainsi les termes du contrat proposé par l'éditeur concernant les possibilités de photocopie ».

Une deuxième proposition consiste à doter la reprographie d'un régime dit de « compensation sur le matériel ». Selon ce système, la fabrication et l'importation des appareils de reprographie donneraient lieu au paiement d'une redevance dont le produit serait versé aux auteurs, ou du moins à des sociétés de perception ou de gérance. L'article 22 précité de la loi française de finances pour 1976 ne

(5) V. Actes de la Conférence, t. II, n° 85, p. 1152.

(6) M. Kerever, Les conventions internationales de droit d'auteur et la reprographie, *Le Droit d'auteur* 1976, p. 192 et s.

relève qu'en apparence de ce système puisque les destinataires de la taxe sur la reprographie qu'il instaure ne sont pas les auteurs des œuvres reproduites. Mais les experts réunis à Washington semblent avoir préféré une troisième système qu'on peut appeler celui des « mécanismes collectifs ». M. Kerever (7) note la diversité des situations dans lesquelles le système est susceptible d'être mis en œuvre. Il écrit « que les mécanismes collectifs mentionnés dans les travaux de Washington sont des accords collectifs qui ont pour objet soit de régler les conditions d'exercice du droit exclusif, pour les utilisations sujettes à ce droit, soit de déterminer les modalités de perception des rémunérations pour les utilisations déclarées libres par le législateur sous la seule réserve du versement d'une rémunération équitable ». Ces accords collectifs sont conclus entre groupements de titulaires de droits d'auteurs et organisations d'utilisateurs et déterminent les conditions dans lesquelles les membres de celles-ci peuvent reproduire par photocopie les œuvres inscrites au répertoire de ceux-là. Il est encore trop tôt pour mesurer l'incidence que ces suggestions des experts de Washington ont eue sur la teneur des diverses législations nationales (9).

B. — LA TELECOMMUNICATION PAR SATELLITES

A vrai dire, la difficulté n'a pas été ici d'assurer la protection des créations intellectuelles, mais celle d'activités auxiliaires de cette création en tant qu'elles participent à la diffusion des œuvres de l'esprit par la radiodiffusion utilisant des satellites. Il s'est agi de lutter contre la captation, hors de toute base juridique légitime, d'émission de radiodiffusion transitant par satellite.

Cette convention, qui n'est pas encore entrée en vigueur, faute d'avoir recueilli un nombre suffisant de ratifications ou d'adhésions, ne crée pas de droits subjectifs au profit de quiconque, mais oblige les États qui y deviennent parties à lutter contre la piraterie dont il a été fait état ci-dessus. Un système très souple est prévu puisque, pour être en règle avec la convention, les pays qui y sont parties sont seulement tenus de prendre, selon l'article 2 « toutes mesures adéquates pour faire obstacle à la distribution sur (leur) territoire, ou à partir de (leur) territoire, de signaux porteurs de programmes par tout distributeur auquel les signaux émis vers le satellite ou passant par le satellite ne sont pas destinés ». Ces « mesures adéquates » sont susceptibles d'être très variées ; elles peuvent consister en l'octroi d'un droit privatif à l'organisme qui assure la transmission de programmes par

(7) M. Kerever, op. cit.

(8) M. Kerever, op. cit. p. 198.

(9) V. en dernier lieu sur ce problème, X. Desjeux, *La reprographie et l'édition scientifique : création de forme ou commerce des idées ?*, Le droit d'auteur 1977, p. 242 et s.

satellites, ou en des mesures administratives par lesquelles l'autorité administrative compétente enjoint à son service national de radiodiffusion de s'abstenir de distribuer les programmes qui ne lui sont pas destinés ou encore en des règlements en matière de télécommunications par lesquels l'implantation d'installations de radiodiffusion ou de télédistribution est subordonnée à une autorisation administrative qui n'est octroyée que moyennant l'interdiction d'utiliser ces installations pour des distributions non autorisées.

Si cette souplesse doit normalement permettre d'être optimiste à propos de l'avenir de la convention, une autre raison incite à se demander si cette convention ne risque pas d'être vite dépassée par le déroulement du progrès technique. En effet, elle a été rédigée en fonction d'un stade donné de l'évolution technologique des transmissions par satellite, à savoir d'une époque où sont seuls en usage des satellites de transmission de point à point, c'est-à-dire des satellites ne pouvant pas être captés directement par les appareils récepteurs du public, mais nécessitant l'intervention de stations terrestres de réception. En conséquence, l'article 3 de la convention exclut de son champ d'application les satellites de transmission directe, c'est-à-dire ceux qui ne comportent pas un tel handicap. Or si de tels satellites n'étaient pas encore réalisés à l'époque de la Conférence de Bruxelles, il semble qu'ils ne tarderont plus guère à être en état de marche et il faudra bien songer à régler leur sort puisque la convention de 1974 ne l'a pas fait (10).

C. — LA DISTRIBUTION PAR CABLE DE PROGRAMMES DE TELEVISION

— L'UTILISATION DES CASSETTES ET DES DISQUES AUDIO-VISUELS

— LA PROTECTION DES PROGRAMMES D'ORDINATEURS

Il faut dire encore au moins quelques mots de trois questions.

1) La première est celle de la *distribution par câble de programmes de télévision*. Celle-ci, qui a d'abord servi simplement à améliorer la qualité technique de la réception de la télévision traditionnelle, apparaît aujourd'hui comme permettant aussi de dépasser l'obstacle du nombre nécessairement limité des bandes d'ondes. L'on s'est demandé alors quelle était l'incidence de cette nouvelle technique tant sur le droit d'auteur que sur les droits voisins. A l'initiative des organes de gestion tant des conventions internationales sur le droit d'auteur que de la Convention de Rome sur les droits voisins, un groupe de travail s'est réuni à Paris du 13 au 17 juin 1977 (11).

(10) V. sur cette convention, en dernier lieu, Ulmer, *Protection des auteurs lors de la transmission par satellite des programmes de radiodiffusion*, Revue internationale du droit d'auteur. Juil. 1977, p. 3 et s.

(11) V. Le droit d'auteur 1977, p. 234 et s.

L'impression qui se dégage de la lecture du rapport relatant les discussions est que, sur le terrain du droit d'auteur, les difficultés se situent plus au plan des législations nationales qu'à celui des conventions internationales, tandis que, dans le domaine des droits voisins, les conventions internationales elles-mêmes apparaissent en général déficientes.

2) Un autre champ de réflexions que l'essor des techniques de diffusion a offert aux spécialistes de la propriété littéraire est constitué par *l'utilisation des cassettes et des disques audiovisuels* dont l'apparition sur le marché correspond à la mise au point de nouveaux appareils d'enregistrement et de représentation de sons et d'images. Ici aussi un groupe de travail a récemment été constitué et s'est réuni du 21 au 25 février 1977 pour examiner ce problème. Son sentiment a été que c'est surtout au niveau des législations nationales que la situation juridique devait être clarifiée, les conventions internationales, tout au moins celles sur le droit d'auteur paraissent aptes, en raison de la généralité de leurs termes, à apporter une réponse satisfaisante aux questions de propriété littéraire que pose cette nouvelle technique (12).

3) Une dernière illustration des difficultés auxquelles les juristes doivent faire face pour soumettre au Droit les nouvelles techniques est constituée par le problème de la protection des *programmes d'ordinateurs* ou, pour employer la terminologie désormais adoptée, le problème de la protection du logiciel. S'agit-il d'une invention susceptible de donner prise à un brevet ? Faut-il, au contraire, y voir une œuvre de l'esprit bénéficiant d'un droit d'auteur ? Les avis sont très partagés. Un accord n'existe que pour admettre que ces biens doivent se voir dotés d'une protection et qu'une coopération internationale est nécessaire à cette fin. Mais, dans le dernier état de la question, c'est vers une solution de compromis que l'on s'oriente, puisque l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle a élaboré un projet de loi-type pour le logiciel ainsi qu'un projet de convention internationale sur la protection et le dépôt international du logiciel, mais l'étude de ces documents n'est pas encore achevée (15).

(12) V. Sur les conclusions du Groupe de travail, *Le droit d'auteur 1977*, p. 87 et s.

(13) V. Sur cette question, Gotzen, *Le droit d'auteur face à l'ordinateur*, *Le droit d'auteur 1977* p. 15 ; Kollé, *Présent et avenir de la protection du logiciel*, *Le droit d'auteur 1977*, p. 69.

II. — L'INFLUENCE DES FACTEURS POLITIQUES SUR L'ÉVOLUTION CONTEMPORAINE DU DROIT D'AUTEUR

Si l'on cherche maintenant à préciser l'influence des facteurs politiques sur l'évolution contemporaine du droit d'auteur, il semble qu'on puisse faire état de trois faits essentiellement. Il s'agit d'une part de la détente entre l'Est et l'Ouest (A), d'autre part de l'accession à l'indépendance des pays en voie de développement (B) et enfin du développement du Marché Commun (C).

A. — LA DETENTE ENTRE L'EST ET L'OUEST

A cet égard, il faut dire que, auparavant l'U.R.S.S., se conformant d'ailleurs sur ce point à ce qu'avait été la tradition de la Russie des Tsars, s'était tenue à l'écart des conventions internationales sur le droit d'auteur. Il en résultait que, dans ce pays, les œuvres d'origine étrangère ne bénéficiaient pas de la protection littéraire. Il faut rappeler que, s'agissant du sort des œuvres soviétiques en France, alors qu'une jurisprudence libérale avait admis qu'elles soient protégées à l'égal des œuvres françaises, la loi du 8 juillet 1964 entendit, au contraire, tirer des conséquences du défaut de protection en U.R.S.S. des œuvres françaises en subordonnant à réciprocité l'octroi de la propriété littéraire en France aux œuvres d'origine étrangère.

Mais l'attitude de l'U.R.S.S. à l'égard du droit international de la propriété intellectuelle a récemment évolué. Ce changement n'a pas seulement affecté le domaine de la propriété industrielle où l'on a vu l'U.R.S.S. rejoindre les rangs des pays liés par la Convention de Paris. Dans le champ du droit d'auteur aussi, l'U.R.S.S. a cessé de se tenir à l'écart des conventions. Tout au moins, elle a adhéré le 28 mai 1973 à la moins protectrice des deux conventions en vigueur, c'est-à-dire à la Convention universelle sur le droit d'auteur. Du point de vue français, il en est résulté que la loi du 8 juillet 1964 a cessé de s'appliquer dans les relations franco-soviétiques puisque son article premier précise qu'elle ne joue pas dans les rapports entre la France et un pays lié par une convention internationale sur le droit d'auteur.

B. — L'ACCESSION A L'INDEPENDANCE DES PAYS EN VOIE DE DEVELOPPEMENT

Beaucoup de ces pays se trouvaient autrefois liés par les conventions internationales sur le droit d'auteur, du fait que les pays industrialisés qui exerçaient sur eux leur souveraineté étaient parties à ces conventions. Une fois qu'ils ont acquis leur autonomie, ces pays, sans aller jusqu'à vouloir quitter les rangs des Etats parties à ces conventions, ont du moins souhaité que les règles conventionnelles soient adaptées pour tenir compte de ce que les pays en voie de développement ont grand besoin d'utiliser les œuvres étrangères et peu

de moyens pécuniaires pour payer des droits d'auteur. Deux conférences diplomatiques ont été nécessaires pour qu'un accord se fasse entre ces aspirations et celles des pays industrialisés à voir leurs auteurs protégés au plan international.

1) Il y a d'abord eu en 1967 à *Stockholm* une première conférence de révision. Elle intéressait seulement la Convention de Berne. Il s'agissait d'une part de modifier les règles de fond de la convention en augmentant la protection des auteurs, d'autre part de prévoir dans un protocole une diminution temporaire de la protection dont pourraient bénéficier les pays en voie de développement qui trouveraient trop lourde la propriété littéraire telle que la conçoivent les pays industrialisés.

Mais les deux séries de mesures étaient liées. Il n'était pas permis de ratifier la convention révisée sans ratifier le protocole ni de ratifier le protocole sans ratifier la convention. Les pays industrialisés ayant estimé que le protocole apportait des brèches trop sérieuses au droit d'auteur, il en résulta qu'ils ne ratifièrent pas ledit protocole. Finalement, la conférence fut donc un échec et l'Acte de Stockholm n'entra pas en vigueur.

2) Il y a eu, en deuxième lieu à *Paris en 1971*, une nouvelle conférence de révision. Contrairement à celle de Stockholm, elle a concerné à la fois la Convention de Berne et la Convention universelle. On a cherché à concilier les intérêts des pays industrialisés et ceux des pays en voie de développement.

a) *En faveur des pays industrialisés*, on a repris, dans la Convention de Berne, sans rien y changer, les règles de fond adoptées à Stockholm. Dans la Convention universelle, on a consacré les droits fondamentaux de reproduction, de radiodiffusion, de représentation et d'exécution publique, alors que, avant la Conférence de Paris, cet instrument diplomatique n'érigait en règle de droit conventionnel que la reconnaissance du droit de traduction.

b) *En faveur des pays en voie de développement*, deux séries de mesures ont été adoptées. D'abord, dans les deux conventions, on a prévu toute une série de licences obligatoires en matière de traduction et de reproduction. C'est dire que, dans ces cas, l'utilisation de l'œuvre par les tiers n'est pas subordonnée à l'autorisation de l'auteur, mais donne simplement lieu au paiement à ce dernier d'une rémunération fixée par les pouvoirs publics. Toutefois, pour éviter de renouveler l'expérience malheureuse de la Conférence de Stockholm, ces licences ont été enfermées dans des limites plus étroites et assorties de garanties plus fortes pour les auteurs que ce n'avait été le cas à la conférence précédente. Ainsi étaient-elles acceptables pour les pays industrialisés.

D'autre part, dans la Convention de Genève, on a suspendu, au profit des pays en voie de développement, la clause dite de sauvegarde. Cela signifie que, contrairement à ce que prévoit la clause en question, un pays de cette catégorie qui serait par hypothèse lié par les deux

conventions pourra, s'il le désire, quitter l'Union de Berne, sans perdre du même coup le bénéfice de la Convention universelle.

L'entrée en vigueur des Actes de Paris était subordonnée à des conditions assez compliquées. Celles-ci sont remplies depuis quelque temps. L'Acte de Paris portant révision de la Convention universelle est entré en vigueur le 10 juillet 1974 tandis que l'Acte de Paris portant révision de la Convention de Berne est entré en vigueur le 10 octobre 1974. La France ayant ratifié l'un et l'autre de ces textes se trouve liée par eux. D'autre part une loi-type a été élaborée pour aider les pays en voie de développement à se doter d'une législation en harmonie avec les Actes de Paris (14).

C. — LE DEVELOPPEMENT DU MARCHÉ COMMUN

Il s'agit de l'incidence que peuvent avoir sur le droit d'auteur l'avènement et le développement du Marché commun. C'est le dernier facteur d'évolution que nous évoquons, mais ce n'est sans doute pas le moins important, dans la mesure où l'on peut penser que, dans les années à venir, le rôle de cette donnée n'ira sans doute qu'en croissant. Cette incidence est susceptible d'être perçue à la fois dans les décisions ponctuelles des organes communautaires à propos de la propriété littéraire (1) et dans les perspectives d'harmonisation des législations affectant cette matière (2).

1) Les *décisions ponctuelles* des organes communautaires à propos de la propriété littéraire sont loin d'avoir eu jusqu'à présent la fréquence et l'importance qu'on leur connaît dans le domaine voisin de la propriété industrielle. La raison en est sans doute que le Traité de Rome ne parle pratiquement pas de droit d'auteur puisque c'est seulement dans l'annexe III du traité qu'une brève allusion y est faite à propos du problème de la balance des paiements dans les rapports entre les États membres. La conséquence de ce mutisme est que, jusqu'à présent, la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas encore été amenée à dire si, à son sens, le Traité de Rome est ou non applicable au droit d'auteur. Mais elle a déjà eu à connaître d'un problème connexe, à savoir des conflits entre le principe de libre circulation des marchandises et le cloisonnement des marchés que permettent de réaliser les législations nationales sur les droits voisins du droit d'auteur. Dans l'affaire *Deutsche Gramophon*, par elle jugée le 8 juin 1971, la Cour, bien qu'elle ait usé d'une formule prudente, a montré qu'elle n'excluait pas d'emblée que les textes du traité relatifs à la libre circulation des marchandises soient susceptibles de s'appliquer au droit d'auteur.

(14) Sur les Actes de Paris, v. A. Desbois, M. Kerever, A. Françon, *Les Conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins*, p. 121 et s.

« A supposer, *a-t-elle dit*, qu'un droit voisin du droit d'auteur puisse être concerné par les dispositions (de l'article 36 du Traité), il ressort de ce texte que l'exercice de ce droit peut être affecté par ailleurs par les limites imposées par le Traité. Ainsi le fait d'invoquer un droit voisin du droit d'auteur pour faire obstacle à la mise en circulation sur le territoire national d'un produit écoulé par le titulaire ou par quelqu'un d'autre avec son consentement dans un autre Etat membre est contraire aux règles qui prévoient la circulation des produits à l'intérieur du Marché Commun ».

S'agissant des règles du droit de la concurrence, telles qu'elles résultent des articles 85 et 86 du traité, la situation en matière de droit d'auteur est d'ores et déjà plus claire. En effet, tant la commission que la cour ont eu occasion de les appliquer dans des espèces intéressant la propriété littéraire. A cet égard, on signalera outre Deutsche Gramophone précité, deux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes des 30 janvier et 21 mars 1974 intéressant la Société belge des auteurs, appelée la S.A.B.A.M. Il résulte de ces décisions que les sociétés d'auteurs doivent respecter la prohibition des ententes édictée par l'article 85 du traité aussi bien que celle des abus de position dominante formulée par l'article 86.

2) Parallèlement à cette activité administrative et juridictionnelle, l'on doit encore faire état d'autres développements intéressant la propriété littéraire et qui sont liés à l'existence du Marché commun. A cet égard, il faut rappeler le but que l'article 3 h) du traité assigne à l'action de la Communauté, à savoir « le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du Marché commun ». Dans notre domaine, cette *harmonisation des législations* a été envisagée sous un triple aspect.

Le premier est celui des *dessins et modèles*, domaine où l'on se préoccupe de mettre sur pied un droit européen. Cette tâche apparaît spécialement ardue, étant donné les oppositions très tranchées existant entre les conceptions des diverses législations nationales des pays du Marché commun en matière de dessins et modèles. Comme il s'agit d'un sujet qui juxte la propriété industrielle, on n'en dira pas davantage ici (15).

Une autre tentative d'élaboration d'un droit européen qui mérite d'être mentionnée à cet endroit a trait au *droit de suite*. Ce droit qui consiste en l'octroi aux artistes d'une participation sur le prix de vente du support matériel de leurs œuvres n'est à l'heure actuelle consacré que dans certains pays seulement du Marché commun et cette situation semble avoir pour conséquence que souvent les marchands de tableaux s'efforcent de réaliser leurs ventes de préférence dans les pays où n'existe pas le droit de suite afin de

(15) V. sur ce problème, M. A. Perot-Morel, *Les perspectives d'une convention communautaire en matière de modèles*, Revue de droit intellectuel 1977, p. 134.

pouvoir conserver pour eux le prix total de la revente. Bien entendu, cette sorte de fraude serait déjouée si le droit le suite était étendu à l'ensemble des pays du Marché commun. Pour cette raison, les artistes ne peuvent que voir d'un œil favorable la mise sur pied d'un droit de suite européen. Mais ici encore les choses n'en sont qu'à leurs débuts (16).

Un dernier projet d'harmonisation des législations risque, en revanche, de susciter des réactions plus mitigées de la part des auteurs, dans la mesure où il ne va pas toujours dans le sens d'une extension de leurs droits actuels. Il s'agit de l'*élaboration d'une législation européenne sur la propriété littéraire en général*. La Commission des Communautés européennes a demandé à un chercheur de l'Institut Max Planck, de Munich, M. Dietz, de faire une « analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du Traité instituant la C.E.E. ». Cette étude a été récemment publiée (v. XII/125/76 - F). Mettant l'accent sur le fait que tous les pays du Marché Commun appartiennent déjà à l'Union de Berne, ce qui implique, entre eux, dès maintenant, une certaine communauté de solutions en matière de droit d'auteur, M. Dietz estime que l'harmonisation européenne ne nécessiterait pas une Convention particulière, mais pourrait se faire par simples directives, conformément aux articles 100 et 189 du Traité. Il conçoit aussi cette harmonisation comme graduelle et il préconise qu'elle se réalise en trois phases, selon l'urgence plus ou moins grande que présentent à ses yeux les mesures d'unification qu'il envisage. La parution de cet important rapport est encore trop récente pour qu'on puisse dire quelles suites lui seront données.

..

Si l'on cherche à dégager une conclusion sur dix ans d'évolution du droit d'auteur, on pourrait peut-être caractériser cette dernière par deux traits. Le premier consisterait à souligner que le domaine de la protection en matière intellectuelle tend à s'étendre puisque, d'une part sur le terrain proprement dit du droit d'auteur, son aire géographique s'élargit et que d'autre part il comporte désormais des rubriques nouvelles comme celle de la transmission par satellites ou des programmes d'ordinateurs. Mais un deuxième trait mérite aussi d'être relevé : c'est que, si la protection voit son domaine

(16) V. à ce sujet le rapport fait par M. W. Duchemin sur *L'avenir du droit de suite dans le monde* au Congrès de l'Association littéraire et artistique internationale à Athènes en 1976 et le compte rendu au Droit d'auteur 1977, p. 254 de la rencontre internationale sur la protection des auteurs des arts plastiques et graphiques.

(17) M. Dietz, *Analyse comparative des législations nationales relatives au droit d'auteur face aux dispositions du Traité instituant la C.E.E.*, V. XII, 125, 1976, F.

s'accroître, son niveau semble aussi baisser. Le mouvement est évident si l'on considère notamment les mesures prises, dans le cadre des Conventions internationales sur le droit d'auteur au profit des pays en voie de développement. On est frappé par le fait que, dans ce contexte, les droits exclusifs des créateurs sont en recul devant l'extension acquise par les régimes de licences obligatoires. De même, s'agissant par exemple de la reprographie, l'exercice d'un droit d'auteur exclusif semble se heurter à de grandes difficultés qui font douter certains que ledit droit soit bien adapté à la situation qu'il est appelé à régir. Une autre preuve de cet abaissement des prérogatives conférées est que, dans certains cas, la protection accordée ne se situe pas sur le terrain du droit d'auteur, mais sur celui des droits voisins, qui est moins favorable aux titulaires.

L'avenir dira si la propriété intellectuelle ne peut continuer à étendre son domaine qu'à condition de ne conférer à ses titulaires que des avantages amoindris. Il faudrait cependant veiller à ne pas faire pâtir les auteurs de la protection accordée aux auxiliaires de la création et rester attaché à l'idée selon laquelle les auteurs, du fait de leur éminente dignité de créateurs, doivent être mieux protégés que ceux dont le mérite, tout en étant grand, reste tout de même moindre, puisqu'il se limite à contribuer à la diffusion des œuvres des auteurs.

CHAPITRE 2
DIX ANS DE DROIT DES MARQUES

Albert CHAVANNE

La loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique a régi pendant plus de cent ans le droit français des marques. Elle reposait sur le principe que le droit à la marque s'acquiert par le premier usage. Bien que ce principe n'ait été nulle part expressément exprimé par la loi, son application n'a jamais fait le moindre doute ni donné lieu à la moindre hésitation en jurisprudence (encore que les travaux préparatoires de la loi auraient permis quelques doutes sur ce point). Il était également entendu que le dépôt de la marque suppléait à tout usage et permettait de conserver le droit sur une marque non utilisée.

A un moment où les dépenses publicitaires faites en faveur des marques atteignaient des sommes considérables, il apparut que le système du premier usage n'offrait pas aux titulaires de marque une garantie suffisante. Après avoir déposé une marque et engagé pour sa promotion de fortes sommes, ils risquaient de voir surgir un usager antérieur de la même marque qui pouvait réduire celle-ci à néant même si son usage était de faible importance et localement limité. En outre, le maintien du droit à la marque indépendamment de l'usage par le seul dépôt aboutissait à encombrer les registres de marques non utilisées et à rendre difficile le choix d'une marque qui soit disponible.

C'est dans cet esprit que la loi du 31 décembre 1964 posa le principe de l'acquisition de la marque par le seul dépôt, de son examen préalable par l'administration et créa l'institution de la déchéance pour non usage.

Indépendamment de ces trois innovations fondamentales, les tribunaux continuaient à régler les problèmes classiques du droit des marques, certains étant en pleine évolution notamment en raison de la consécration par la loi de 1964 des marques de service.

Ce sont ces transformations et ces évolutions que nous nous proposons de décrire en examinant tour à tour les modifications législatives et les évolutions jurisprudentielles essentielles.

I. — LES MODIFICATIONS LEGISLATIVES

La loi du 31 décembre 1964, celle du 23 juin 1965 qui l'a aussitôt suivie et leurs décret et arrêté d'application du 27 juillet 1965, ainsi que la loi du 30 juin 1975 et ses décret et arrêté d'application du 23 septembre 1976, constituent le droit actuellement applicable en France aux marques de fabrique.

Ces nouveaux textes, à côté d'innovations fondamentales, contiennent de nombreuses modifications de détail par rapport à la législation antérieure. Nous citerons pour n'y pas revenir, l'introduction à la protection complète à titre de marques, des marques de service ou des marques collectives : celles-ci étaient déjà protégées par l'action en concurrence déloyale. Citons encore la réglementation de la contrefaçon lorsqu'elle se situe entre le dépôt et l'enregistrement de la marque et la possibilité pour le déposant d'utiliser la saisie-contrefaçon, mesure introduite par la loi du 30 juin 1975. Il y a encore des poussières de dispositions qui, souvent, font le point sur des évolutions jurisprudentielles antérieures, par exemple l'article 2 de la loi du 31 décembre 1964 qui consacre la théorie des homonymes ou l'article 3, la jurisprudence sur les marques génériques et descriptives, les cessions, licences (article 13), le registre national des marques (article 14), etc.

Les innovations importantes sur lesquelles il convient de nous apesantir sont la naissance du droit à la marque par le seul dépôt, l'examen préalable et la déchéance pour non usage.

A. — NAISSANCE DU DROIT PAR LE SEUL DÉPÔT

Essentiellement dans un but de sécurité, la loi de 1964 dans son article 4 a décidé que la marque s'acquerrait par le seul dépôt. L'usage semblait être totalement écarté puisque le dernier alinéa de l'article 4 disposait « le seul usage à titre de marque de l'un des signes prévus à l'article 1^{er} ne confère aucun droit à l'usager ».

Bien entendu, les droits acquis étaient respectés et un délai de trois ans était réservé pour permettre à un dépôt de se référer utilement à un usage antérieur.

A première vue donc, les choses sont très simples et claires : seul un dépôt peut conférer un droit. Le formalisme du dépôt doit triompher sur le fait de l'usage. La sécurité du déposant est à ce prix.

En présence d'un principe aussi abrupt, les nécessités de la vie commerciale devaient apporter rapidement des nuances importantes. Entre le dépôt et l'usage, on a un peu la même opposition tranchée que celle qui se rencontre dans le droit des obligations entre le système de la volonté déclarée du droit allemand et celui de la volonté réelle du droit français. Apparemment, rien de commun entre ces deux systèmes qui partent de principes radicalement opposés. Cependant, lorsqu'on examine les applications jurisprudentielles de l'un et l'autre pays, on s'aperçoit vite que des accommodements ont dû être trouvés entre un principe rigide et les nécessités de la pratique.

L'usage est pris en considération, même après la loi de 1964, dans plusieurs cas. Le premier est très classique : il est prévu tant

par l'article 6 bis de la Convention de Paris que par l'article 4 alinéa 2 de la loi de 1964. Il concerne les marques notoires qui sont protégées en France même en l'absence d'un dépôt.

Le second cas est une application de la règle générale de droit selon laquelle «*Fraus omnia corrumpit*». A vrai dire d'ailleurs, le simple usage d'une marque est pris en considération non pas tant pour fonder un droit nouveau que pour permettre de faire annuler un dépôt qui aurait été fait par une personne connaissant l'existence de l'usage d'une marque non déposée et cherchant indûment par un dépôt à confisquer à son profit la clientèle créée par les actes d'usage (1). La difficulté est en la matière de déterminer où commence la fraude de nature à faire considérer le dépôt de la marque comme nul.

Bien entendu, si celui-ci qui dépose comme marque le terme utilisé par autrui était son représentant, la fraude est évidente et a même été expressément prévue par l'article 6 septies de la Convention de Paris. Mais si sa connaissance de l'usage se situe en dehors de toute situation contractuelle et résulte seulement d'un concours de circonstance on peut davantage hésiter.

Il est enfin un dernier cas où l'usage semble devoir primer le dépôt et où il donne lieu à de nombreuses décisions en même temps qu'à d'intéressantes discussions doctrinales, c'est l'hypothèse où le terme déposé comme marque était auparavant utilisé par tiers comme nom commercial, comme enseigne, slogan, etc. Une telle utilisation rend-elle le terme «*indisponible*» pour être déposé comme marque ? (2).

On peut hésiter. Sur le plan des textes, l'article 4 de la loi de 1964 ne vise que l'usage «*à titre de marque*» pour affirmer qu'il ne peut pas constituer une antériorité rendant nul un dépôt. Mais il ne dit rien de l'usage en tant que nom commercial ou enseigne.

Contre la possibilité d'invoquer un nom commercial comme antériorité rendant nul un dépôt de marque postérieur, des arguments sérieux peuvent être invoqués.

Puisqu'une marque antérieure non déposée ne peut pas constituer une antériorité pour une marque ultérieure déposée par un tiers (sous réserve de dépôt frauduleux) a fortiori semble-t-il, doit-il en être de même pour un nom commercial ou une enseigne qui sont des droits de nature différente.

(1) V. A. Chavanne, *Fraude et dépôt attributif en matière de droit des marques*, Mélanges Bastian, 1974 p. 475 ; P. Mathely, note Paris 23 mai 1972, *Ann.* 1973 p. 16 ; T.G.I. Paris 15 mars 1976, *P.I.B.D.* 1976-III-268.

(2) V. Y. Saint-Gal, *Conflits entre marques et noms commerciaux*, R.I.P.I.A. 1974 p. 43 et 255 ; M.A. Pérot-Morel, *L'opposabilité des antériorités en matière de marques*, *Rev. trim. dr. com.* 1971 p. 247 ; D. Leoty, *Conflits entre marques et noms commerciaux*, *Gaz. Pal.* 1976-2-594.

En outre, la loi de 1964 avait pour objet de donner plus de sécurité aux déposants de marques auxquels on ne peut plus désormais opposer un usage de marque antérieur. Il serait paradoxal que cette sécurité qui est apportée d'un côté soit retirée d'un autre en permettant que des droits non publiés puissent constituer des antériorités dont la connaissance serait parfois pratiquement impossible pour le déposant de la marque.

Mais d'un autre côté, il serait également profondément inéquitable que le titulaire d'un nom ou d'une enseigne, nés conformément à la loi sans dépôt, dans des conditions parfaitement régulières voit la clientèle ralliée autour de son nom, induite en erreur par le dépôt postérieur d'une marque de fabrique de nature à créer la confusion avec son entreprise et ses propres produits.

Entre ces deux conceptions extrêmes, la jurisprudence a finalement adopté une solution moyenne. Elle considère que les enseignes, noms commerciaux et slogans peuvent en définitive constituer des antériorités de marques et rendre un signe indisponible seulement dans l'hypothèse où l'enseigne ou le nom ont une certaine notoriété (3). A cette hypothèse, les tribunaux assimilent celle où le titulaire de la marque déposée et le titulaire du nom commercial antérieur avaient leurs entreprises dans la même région et où, par conséquent, les dangers de confusion pour le public présentent une réalité et un inconvénient sérieux (4).

Dans un cas comme dans l'autre, si l'on veut y réfléchir, on peut penser qu'il s'agit d'applications de la théorie de la fraude. En ce qui concerne les noms notoires, le déposant de la marque est présumé les connaître et dans le cas où le nom antérieur est situé dans le même secteur géographique, la présomption joue également. Dans les deux cas, il y a de la part du déposant au moins, négligence fautive à ne pas avoir fait de recherches et à ne pas avoir su que le terme déposé était indisponible.

Même ainsi limitée, l'existence du nom commercial comme antériorité possible rendant un terme indisponible impose au déposant des recherches sérieuses et vient nettement limiter le caractère attributif du dépôt. On peut du reste se demander si la Cour de cassation n'est pas en train de faire un pas en arrière dans ce domaine (5).

B. — L'examen préalable

L'article 8 de la loi du 31 décembre 1964 a instauré (sans que le législateur en ait eu véritablement l'intention a-t-on dit) un examen

(3) T.G.I. Paris 13 mars 1973, *P.I.B.D.* 1973, III, 227 ; Paris 21 fév. 1973, D. 1973, J. 745 et note R. Plaisant, *Ann.* 1973, p. 26 et note P. Mathély ; T.G.I. Caen 2 juil. 1973, *Rev. trim. dr. com.* 1973 n° 8, p. 785 et obs. A. Chavanne et J. Azema.

(4) Crim. 12 juil. 1976, *Ann.* 1976, p. 240 et note P.M.

(5) Cass. 11 mai 1977, *affaire Guy Lux, jeux Intervilles.*

préalable par l'administration des conditions de validité objectives prévues à l'article 3 de la loi des dépôts de marques de fabrique.

C'est dire que l'administration de l'Institut national de la propriété industrielle (I.N.P.I.) ne se contente plus comme jadis de rejeter les dépôts irréguliers dans la forme (paiement des taxes, constitution du dossier, choix des classes, mandat du déposant etc.) ou les marques de caractère contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (Croix rouge, signes interdits en raison de l'article 6 ter de la Convention internationale d'union, emblèmes olympiques, etc.). L'administration doit désormais examiner en outre le caractère générique, descriptif ou déceptif des marques et refuser le dépôt des marques nulles à ce titre.

Il y a là un premier « filtrage » des marques qui n'empêche pas du reste qu'une marque admise à l'enregistrement soit déclarée nulle à l'occasion d'un procès ultérieur.

L'administration examine tous les dépôts, même les dépôts en renouvellement. On avait douté de cette possibilité en raison de l'article 35 de la loi de 1964 qui réserve les droits antérieurement acquis. Les tribunaux n'ont pas admis ce point de vue : il ne saurait en effet y avoir de droit acquis là où il n'y a pas de droit du tout et où il n'y en a jamais eu (7). L'administration examine toutefois les marques en renouvellement, lorsqu'elles sont exploitées, avec une particulière bienveillance afin de ne pas causer un préjudice anormal à son titulaire, ainsi du reste que l'article 6 quinquies B de la Convention d'union l'y invite.

Lorsque l'administration prend une décision de rejet, c'est le directeur de l'I.N.P.I. qui en prend la responsabilité depuis la loi du 30 juin 1975. Tout le contentieux qui, en 1964, allait devant les juridictions administratives, est porté depuis l'entrée en vigueur de cette loi par la parution du décret d'application du 23 septembre 1976, directement devant la Cour d'Appel de Paris. Le délai de recours est de un mois à compter de la notification de la décision de refus d'enregistrement de la marque.

Le projet d'une décision de rejet est communiqué à titre officieux à l'intéressé avant que la décision ne soit définitivement prise afin de lui permettre un ultime dialogue avec l'administration présentant les arguments qu'il aurait pu négliger et militant en faveur de l'enregistrement de sa marque. Cette communication officieuse n'est imposée par aucun texte mais résulte d'une décision du Directeur de l'I.N.P.I., Monsieur Vianes, soucieux de sauvegarder au maximum les intérêts des déposants (8).

(6) V. P. Mathely, *Ann.* 1965, p. 137.

(7) Trib. Adm. Paris 18 nov. 1975, *J.C.P.* 1976, II, 18374 et note A. Chavanne et les espèces citées ; C.E. 7 avr. 1976, *Ann.* 1976 p. 140.

(8) *P.I.B.D.* 1976 - I - 78. .

C. — LA DECHEANCE POUR DEFAUT D'EXPLOITATION

C'est la troisième innovation importante de la loi de 1964. Il s'agit de faciliter le choix d'une marque en désencombrant les registres des marques remplis de marques non exploitées, de réserve, de défense ou de barrage qui ne répondent pas à la finalité normale d'un dépôt (9). L'article 11 de la loi dispose que tout intéressé peut demander en justice la déchéance d'une marque qui serait restée inexploitée pendant cinq ans précédant la demande.

La loi se contente de poser le principe de la déchéance. De nombreux détails d'application restaient donc à régler. Treize ans de jurisprudence ont déjà apporté des solutions à la plupart d'entre eux.

Le délai de cinq ans qui se calcule à partir de la demande de déchéance doit-il par exemple être entièrement compris entre cette demande et l'enregistrement de la marque ou entre cette demande et le dépôt de la marque ? Le Tribunal de grande instance de Paris a choisi le moment du dépôt (10). On aurait pu hésiter et estimer que le déposant pouvait légitimement attendre de savoir si sa marque serait enregistrée avant d'exploiter. On aurait alors considéré que, dans le calcul des cinq ans nécessaires, il ne fallait pas tenir compte du moment écoulé entre le dépôt et l'enregistrement.

L'acte d'exploitation doit s'entendre d'une exploitation publique, sérieuse et non équivoque (11).

Il faut que, dans le compte à rebours fait à dater de la demande en déchéance, on ne trouve pas une excuse légitime de non exploitation. C'est dire que l'existence d'une telle excuse peut parfois faire partir un nouveau délai de cinq ans (13).

En ce qui concerne la procédure, un point délicat et important n'a pas été réglé par la loi de 1964, c'est celui des rapports entre l'action en déchéance et l'action en contrefaçon.

En principe, tant que la déchéance n'est pas prononcée, la marque non exploitée est réputée valable. Son titulaire peut s'appuyer sur elle pour intenter une action en contrefaçon et, à l'inverse, le contrefacteur ne peut pas invoquer utilement pour sa défense la non exploitation (14). Mais, en pratique, le contrefacteur dépose aussitôt après avoir été assigné une demande de déchéance qui n'est pas une demande reconvention-

(9) Certaines législations exigent pour le dépôt que la marque soit exploitée ou au moins la promesse d'une rapide exploitation, d'autres n'admettent les renouvellements que pour les marques exploitées.

(10) T.G.I. Paris 28 mai 1976, *P.I.B.D.* 1977, III, 107.

(11) T.G.I. Paris 31 oct. 1973, *D.* 1974, J, 762 et note A. Chavanne.

(12) T.G.I. Paris 28 mai 1976, précité.

(13) Toulouse, 23 juin 1975, *Ann.* 1975 p. 153 et note P.M.

(14) T.G.I. Paris 22 juin 1974, *P.I.B.D.* 1975, III, 37 ; Paris 14 mai 1974, *P.I.B.D.* 1974, III, 392.

nelle mais une action entièrement indépendante (15). Pour les faits précédant cette demande, il sera condamné comme contrefacteur, légèrement en principe, puisque la marque n'ayant pas été exploitée, le préjudice résultant de la contrefaçon doit être léger. Pour l'avenir, si son action en déchéance aboutit, il sera désormais le titulaire légitime de la marque que la déchéance a transformé en res nullius. Son dépôt doit être considéré comme valable si l'on admet (la loi aurait pu le préciser) que la déchéance prend effet au jour de la demande (16).

La mise en œuvre des nouvelles dispositions de la loi de 1964 est aujourd'hui bien avancée. Celles-ci constituaient une véritable rupture par rapport à l'ancien état du droit, et des adaptations délicates ont dû être faites. Cela n'a pas empêché, dans les autres domaines du droit des marques qui n'avaient pas été bouleversés par la loi nouvelle, la jurisprudence de continuer à évoluer. C'est ce deuxième mouvement qu'il nous faut examiner.

II. — EVOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES

Des évolutions sont inévitables avec les variations des conditions économiques et commerciales servant de cadres à l'exploitation des marques. Nous en dégagerons deux qui nous semblent particulièrement intéressantes : elles concernent le principe de la spécialité d'une part et la contrefaçon d'autre part.

A. — LE PRINCIPE DE LA SPECIALITE

C'est le principe d'après lequel un signe choisi comme marque n'est protégé que pour les produits ou les services qui figurent dans le dépôt ainsi que pour les produits ou services similaires.

Pour savoir ce qu'il faut entendre par produits ou services similaires, on peut adopter un critère étroitement objectif et matériel en quelque sorte, et ne considérer comme similaires que des produits dont la nature et l'usage sont extrêmement voisins.

L'évolution économique actuelle tend à faire adopter un critère économique infiniment plus souple et quelque peu subjectif : on considérera comme similaires des produits dont le public a toutes raisons de penser qu'ils proviennent du même commerçant. La concentration verticale des entreprises est un phénomène très répandu : l'industriel qui fabrique un produit aura tendance à l'exploiter à tous les stades de sa transformation et à offrir au public la diversité des articles que l'on peut obtenir avec lui ou dans la fabrication desquels il entre de

(15) T.G.I. Paris 2 mars 1974, *P.I.B.D.* 1974, III, 320.

(16) T.G.I. Paris 2 juin 1971, *Rev. trim. dr. com.* 1971, n° 13, p. 1015 ; T.G.I. Paris 10 avr. 1975, *P.I.B.D.* 1976, III, 35.

manière plus ou moins importante. Sur le plan des commerces de distribution, les grandes surfaces, les entreprises de vente par correspondance ont tendance à vendre pratiquement tout et n'importe quoi et à offrir au public les services les plus variés.

Dans un tel contexte, il est certain que le principe de la spécialité apparaît comme moins actuel et accuse, si l'on peut dire, une certaine « perte de vitesse ». C'est ainsi qu'ont été déclaré ne pouvoir coexister des produits d'horlogerie et d'optique (17), des tissus d'ameublement et des fils de soie (18).

Bien entendu, plus une marque est connue, plus les tribunaux ont tendance à étendre sa protection à des secteurs voisins (19). Cependant, l'évolution en matière de marques notoires est particulièrement typique. Après avoir décidé, notamment à l'occasion de l'affaire Pontiac que la notoriété d'une marque n'empêchait pas le principe de la spécialité de continuer à jouer (20), une évolution s'est manifestée avec l'affaire Mazda. Sans doute, la marque japonaise d'automobiles Mazda a-t-elle été déclarée pouvoir coexister avec la marque de lampes notoire Mazda. Mais la Cour de Paris a réglementé son usage par son titulaire et lui a imposé de se présenter au public sous le signe « Mazda-automobile » (21).

Il n'est pas impossible que l'évolution fasse un pas de plus et que les tribunaux en viennent à décider que la notoriété d'une marque aboutit à la protection du signe même en dehors des produits visés au dépôt et certaines décisions vont déjà dans ce sens (22). Il y a en effet de la part de celui qui utilise, même pour d'autres produits, un terme qui se trouve être une marque notoire, un agissement parasitaire qui aboutit à une banalisation de la marque notoire et cause un préjudice réel à son titulaire, au moins lorsque le terme litigieux n'est pas un terme courant. Il y a donc atteint non pas au droit sur la marque puisque celui-ci n'existe que dans le cadre du dépôt et de la spécialité, mais il y a faute qui porte atteinte à la valeur représentée par la marque et est de nature à engager la responsabilité civile.

(17) Trib. Seine 25 mars 1950, *Ann.* 1950 p. 282.

(18) Paris 2 mai 1974, *P.I.B.D.* 1974, III, 374.

(19) Paris 17 déc. 1974, *P.I.B.D.* 1975, III, 173 ; Trib. Saint-Etienne 24 fév. 1965 *R.I.P.I.A.* p. 88 ; Paris, 10 janv. 1959, *Ann.* 1959 p. 126.

(20) Paris 8 déc. 1962, *D.* 1963, J. 406 et note H. Desbois, *Annales* 1963 p. 147 et note R. Dusolier, *Rev. trim. dr. com.* 1963 p. 311 et obs. P. Roubier et A. Chavanne.

(21) Paris 19 oct. 1970, *R.I.P.I.A.* 1971 p. 188 et note R. Dusolier, *Ann.* 1971 p. 1 et note R. Dusolier ; H. Desbois, *Mélanges Bastian*, t. 2 p. 13.

(22) « Paris-Soir » pour un journal et un apéritif, Paris 23 nov. 1937, *Ann.* 1939 p. 269 ; « Waterman » pour des stylos et des lames de rasoir, Trib. Seine 5 janv. 1940, *Ann.* 1940-48 p. 209.

B. — LA CONTREFAÇON

Le législateur de 1964 n'a pas eu l'intention de modifier l'état antérieur du droit en ce qui concerne les différents faits de contrefaçon. Il s'est contenté (avec retard du reste pour corriger un oubli, par la loi du 23 juin 1965) d'intégrer les marques de service dans les textes qui consacraient la jurisprudence antérieure.

Mais la rédaction des textes fut parfois maladroite et certaines dispositions en devinrent douteuses et ambiguës alors que par ailleurs la multiplication des marques amenait une évolution dans l'interprétation même du délit de contrefaçon.

1) *Interprétation de textes ambigus*

Deux formules notamment sont rédigées en termes tellement généraux qu'elles peuvent recouvrir n'importe quelle atteinte à une marque.

L'article 422 2° du Code Pénal (article 27 de la loi de 1964) frappe des peines de la contrefaçon « ceux qui auront fait usage d'une marque sans autorisation de l'intéressé ». Isolée de son contexte, cette formule pourrait s'appliquer même à des cas de dénigrement de marque accomplis par un non concurrent. Si l'on regarde la place de cette incrimination dans la loi de 1964, il est absolument évident que le législateur a entendu frapper l'usage de marque contrefaite et non pas n'importe quel usage. Malgré cela, la Cour de Cassation a fait prévaloir l'interprétation littérale dans un arrêt *Limpidex* qui a, en général, fait l'objet de critiques (23).

Le second texte est l'article 422-2 4° du Code Pénal (article 29 de la loi de 1964). Il punit d'une amende de 500 à 8 000 francs et d'un emprisonnement de 15 jours à 6 mois « ceux qui auront fait figurer dans leurs marques des signes dont l'emploi est prohibé par la législation sur les marques ». Là encore, les termes sont tellement généraux qu'ils pourraient concerner aussi les marques déceptives, banales ou indisponibles qui sont pourtant visées ailleurs dans la loi de 1964. Mais la place occupée par cet article indique de façon certaine que le législateur a visé les signes exclus par l'article 6 ter de la convention de Paris ainsi que les signes contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Malgré cela, la Cour de cassation a appliqué cet article à une hypothèse de marque déceptive dans l'affaire du *Vieux Cahors*, critiquée en cela par le professeur A. Françon.

2) *Evolution de la jurisprudence sur la contrefaçon*

Quant à l'appréciation même du délit de contrefaçon, une jurisprudence assez hardie est venue tempérer et nuancer la jurisprudence

(23) Cass. 29 oct. 1975, *Gaz. Pal.* 1976, II, 795 et note M. Pochon, *J.C.P.* 1977, II, 18616 et note A. Françon.

(24) *Crim.* 29 nov. 1972, *R.I.P.I.A.* 1973 p. 71.

classique selon laquelle le délit existait même en l'absence de tout danger de confusion (25).

Il est normal qu'on ne tienne pas compte du danger de confusion pour admettre la contrefaçon lorsque l'absence de danger est le résultat d'éléments externes à la marque elle-même : emballages, calligraphie de la marque, région de vente ou méthodes de vente, gros ou détail, clientèles différentes, etc. Dans tous ces cas, dès la reproduction de la marque, la contrefaçon existe et doit être sanctionnée.

En revanche, si l'absence de danger de confusion provient de la confrontation des deux marques litigieuses envisagées intrinsèquement en elles-mêmes, il semble que l'on doive légitimement en tenir compte. La marque est faite pour distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux de ses concurrents. Si ce but est réalisé, ce serait une sorte d'abus de droit que de prétendre qu'il y a contrefaçon.

La question n'a d'intérêt que pour les marques complexes composées de plusieurs termes. En effet, la reproduction d'une marque composée d'un seul terme constitue une atteinte évidente et inévitable du droit protégé.

Pour les marques composées de plusieurs termes, il se peut que l'un d'entre eux soit la reproduction à l'identique du terme qui constitue la marque d'autrui. Si ce terme n'est que faiblement distinctif, sa reproduction jointe à d'autres termes peut arriver à faire un tout indivisible et unique insusceptible d'être confondu avec le terme isolé et les tribunaux ont de plus en plus tendance à écarter alors la possibilité d'admettre la contrefaçon. C'est ainsi qu'il a été décidé que la marque « Eau de Roche » n'était pas une contrefaçon de la marque « Roche » (26) ; que la marque « Entreprise agricole » n'était pas une contrefaçon de la marque « Entreprise » (27) ; que la marque « New Orléans » n'était pas une contrefaçon de la marque « Orléans » (28) ; que la marque « Elle-Test » n'était pas une contrefaçon de la marque « Elle » (29) ou que la marque « le point show de Paris » n'était pas une contrefaçon de la marque « Show » (30).

Bien entendu, le concept de « marque formant un tout indivisible » ne doit pas servir d'argument pour permettre des contrefaçons en se contentant d'ajouter un terme à une marque régulièrement protégée. Les termes ajoutés doivent modifier la partie essentielle de la marque, en déplacer en quelque sorte le centre de gravité pour former un ensemble insusceptible de confusion. Et le mot reproduit doit être un mot

(25) V. A. Chavanne et J.J. Burst, *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz 1976 n° 728.

(26) Cass. 2 déc. 1974, *Ann.* 1975 p. 88.

(27) Paris 26 mai 1972, *Rev. tr. dr. com.* 1972 n° p. 895.

(28) T.G.I. Paris 22 janv. 1975, *P.I.B.D.* 1975, III, 316.

(29) T.G.I. Paris 20 sept. 1975, *Rev. tr. dr. com.* 1975 n° 4 p. 836.

(30) T.G.I. Paris 19 avr. 1975, *P.I.B.D.* 1976, III, 36.

à la limite du banal et très usuel. Ce serait une sorte d'abus de droit que de s'appuyer sur une marque faible pour prétendre lui donner un rayonnement absolu.

••

Le droit des marques est un droit qui selon les termes même d'une décision de justice « comporte des nuances délicates à apprécier et qu'il est difficile d'avoir une certitude en une matière faite de subtilité » (31). Il présente le caractère à la fois excitant et décevant d'être très « casuiste ». La loi du 31 décembre 1964 a posé quelques grands principes mais n'a pu être pas suffisamment précisé les détails d'application des orientations nouvelles qu'elle ouvrait. En outre, la multiplication du nombre des marques, leur croissant impact publicitaire et les frais qu'il entraîne, devaient inévitablement amener un contentieux de plus en plus abondant et nuancé.

Peut-être l'expérience apportée par les années de mise en œuvre de la loi de 1964 amènera-t-elle l'élaboration d'un texte de refonte de nature à éliminer les trop nombreuses incertitudes qui subsistent. La marque sera alors davantage encore un facteur de progrès des échanges commerciaux et de moralisation du marché.

(31) T.G.I. Lyon, 27 janv. 1976, Annales 1977, p. 36.

CHAPITRE 3

DIX ANS DE DROIT DES DESSINS ET MODELES

**André FRANÇON
Marie-Angèle PEROT-MOREL**

Réputés souvent parents pauvres -à tort sans doute- des droits de propriété industrielle, les droits sur dessins et modèles connaissent aujourd'hui un incontestable essor.

Toutefois la diversité des régimes juridiques applicables, les difficultés que la pratique rencontre, les décisions parfois tâtonnantes des juges imposaient un effort de clarification et de synthèse c'est ce qui est ici mis en oeuvre dans le présent article.

Le passé -proche- tout d'abord est analysé par le Professeur A. FRANÇON qui procède à l'inventaire exhaustif des problèmes rencontrés et résolus par les tribunaux français ces dix dernières années -acquisition du droit, détermination des titulaires, sanctions des méconnaissances-.

L'avenir, ensuite, est pris en charge par Madame M.-A. PEROT-MOREL qui, délaissant les frontières nationales recense les difficultés mais laisse entrevoir l'espoir d'une convention européenne en matière de dessins et modèles. Procédant à l'inventaire des distorsions des droits internes qu'il faudrait atténuer, l'auteur envisage les problèmes techniques posés par une réglementation spécifique.

Ces dix années de droits sur dessins et modèles apparaissent ainsi comme une période d'évolution des régimes français de ces propriétés intellectuelles mais aussi d'annonce d'une peut-être proche intégration européenne de ce dernier bastion de diversités nationales.

ARTICLE I LA JURISPRUDENCE RECENTE EN MATIERE DE DESSINS ET MODELES

A qui veut faire le bilan de la jurisprudence récente en matière de dessins et modèles, un problème se pose immédiatement : celui de savoir quelle étendue exacte donner au sujet. A cet égard, trois partis sont possibles. Le premier consiste à ne prendre en compte que les décisions rendues en application de la loi du 14 juillet 1909, en partant de l'idée qu'il ne faut s'intéresser qu'à l'application de la loi spécifique sur les dessins et modèles. Le second parti est celui dans lequel on estime devoir traiter aussi de la jurisprudence relative à la loi du 12 mars 1952 sur les créations de l'industrie de l'habillement, de la chaussure et de la parure, en considérant qu'il s'agit d'un régime spécial concernant certains dessins et modèles. Le troisième parti conduit à intégrer également dans le sujet les décisions rendues en application de la loi du 11 mars 1957 sur le droit d'auteur en faisant observer que, en Droit français, en vertu du principe de l'unité de l'art, les dessins et modèles sont susceptibles aussi d'être protégés par la propriété littéraire et artistique.

Dans les lignes qui vont suivre, on se référera un peu à chacune des trois lois en cause, la première place restant évidemment à la loi du 14 juillet 1909.

Parmi les questions qui ont été posées ces dernières années aux tribunaux en matière de dessins et modèles, il nous semble que les plus importantes ont trait aux conditions d'acquisition du droit, à sa titularité et aux sanctions auxquelles s'expose celui qui méconnaît ce droit. Ce sont ces trois points que nous reprendrons tour à tour.

I - CONDITIONS D'ACQUISITION DU DROIT

S'agissant en premier lieu des conditions d'acquisition du droit, il faut distinguer entre celles qui relèvent du fond et celles qui se rattachent à la forme

A) CONDITIONS DE FOND

En ce qui concerne le fond, on n'évoquera pas ici le problème de savoir ce qu'est au juste la nouveauté exigée pour qu'un dessin soit protégé par la loi de 1909. On ne traitera pas non plus l'ensemble des questions que soulève la formule de l'article 2 alinéa 2 de la loi du 14 juillet 1909 excluant de son champ d'application les dessins et modèles dont la forme est indissociable du résultat utilitaire. Il y a certes là place pour bien des controverses, mais elles sont, si l'on peut dire, classiques et la jurisprudence de ces dernières années ne nous paraît pas y avoir introduit d'éléments nouveaux.

En revanche, à propos de ce même article 2, il faut signaler une difficulté importante. L'article 2 alinéa 2 de la loi de 1909 écarte de son champ d'application le cas où «le même objet peut être considéré comme un dessin ou modèle nouveau et comme une invention brevetable». Cette formule soulève le problème suivant. Il surgit du fait qu'un objet peut être utilitaire sans être brevetable. En effet la loi sur les brevets pose des conditions strictes de

brevetabilité. Si un objet est utilitaire sans être brevetable, faut-il lui appliquer l'article 2 alinéa 2 de la loi de 1909 ? La lettre du texte dudit article commande une réponse négative (car le législateur parle d'« invention brevetable », mais l'esprit de cette disposition paraît militer en sens contraire. en effet, si l'objet n'est pas juridiquement apte à jouir de la protection de 20 ans accordée aux brevets, il est paradoxal de la faire bénéficier de la protection plus longue (50 ans) prévue par la loi sur les dessins et modèles (comme d'ailleurs par la loi sur le droit d'auteur). La jurisprudence est assez fluctuante sur ce sujet. Tantôt elle ne fait jouer la prohibition de l'article 2 alinéa 2 qu'en présence d'un objet constituant une invention brevetable, (1) tantôt elle l'applique dès que l'objet offre un caractère utilitaire (2) sans se préoccuper de savoir s'il est ou non brevetable.

B) CONDITIONS DE FORME

En ce qui concerne la forme, rappelons que ce qui caractérise le régime des dessins et modèles est que la protection est subordonnée à un dépôt. L'on sait que d'une part sa durée est variable et que d'autre part le dit dépôt peut être public ou secret. De la combinaison de ces deux particularités a surgi une difficulté. L'on suppose que le dépôt initial a été public. L'article 7 de la loi de 1909 indique que ce dépôt confère protection pour 5 ans, mais la question se pose de savoir à quelles conditions peut être obtenue la première prorogation de 20 ans de protection prévue par ce même article. Faut-il la demander ou est-elle automatique ? Un récent arrêt de cassation de la Chambre commerciale était venu spécifier que la prorogation n'est acquise que si elle a été réclamée et ce aussi bien si le dépôt a été publié dès l'origine que s'il était d'abord secret (3). Cette décision suscita des remous dans la pratique, car l'Institut national de la propriété industrielle avait pris l'habitude de considérer que pour les objets dont la publicité avait été requise dès la première période, l'extension de la protection à 25 ans était automatique et ne nécessitait aucune formalité (4). Sur renvoi, la Cour de Lyon prit le contrepied de l'arrêt de la Cour de cassation (5), en ce sens qu'elle admit en l'espèce la protection de la loi de 1909, mais elle retint aussi, « en tant que de besoin », l'application de la loi du 11 mars 1957 dont on sait qu'elle existe sans dépôt. C'était laisser entendre que le dessin litigieux devait être regardé comme encore protégé même si l'on estimait que le dépôt fait en vertu de la loi de 1909 avait épuisé ses effets. Un nouveau pourvoi fut formé contre cette décision et l'on aurait aimé savoir si la Cour de cassation admettait ou non le bien fondé des critiques formulées par la Cour de Lyon contre son précédent arrêt. La Haute Jurisdiction (6) a éludé la difficulté en déclarant que la décision des juges du fond était suffisamment justifiée par le recours à la loi de 1957. De la loi de 1909, elle ne dit mot et, comme l'écrit notre collègue Azéma, (7) ce faisant, elle nous laisse sur notre faim.

(1) Cf. Com. 22 février 1966, 1^e espèce JCP 1967 II 15196 concl. Gegout).

(2) V. en dernier lieu sur ce point Com. 22 janvier D. 1973 J. p. 217 note X.L.

(3) Com. 13 novembre 1972, D. 1973 J. 276 note Plaisant.

(4) V. obs. Azéma, Rev. trim. dr. com. 1973, p. 249.

(5) Lyon 17 juin 1974, PIBD 1974, III - 291.

(6) Cass. 26 janvier 1976, PIBD 1976, III - 238.

(7) Rev. trim. dr. com. 1976, p. 505.

II - TITULARITE DU DROIT SUR LE DESSIN OU MODELE

- A propos de la titularité du droit sur le dessin ou modèle, deux ordres de problèmes surgissent. Il s'agit d'une part de déterminer sur la tête de qui naît le droit (1) et d'autre part comment s'opère la cession dudit droit (2).

A) AU PROFIT DE QUI PEUT NAITRE LE DROIT SUR LE DES SIN OU MODELE ?

Telle est la première question qui se pose et la difficulté rencontrée consiste à savoir si ce droit peut ou non être attribué à une personne morale.

1) Le débat surgit d'abord sur le terrain du droit d'auteur, ce dont une étude sur les dessins ou modèles ne saurait se désintéresser en raison de la théorie de l'unité de l'art. L'on estime en général (v. cependant infra) que, selon la loi de 1957, une personne morale ne peut se voir reconnaître la qualité d'auteur d'une oeuvre que dans un seul cas à savoir lorsqu'on est en présence d'une oeuvre collective. Ce type d'oeuvre obéit à un statut défini par les articles 9 alinéa 3 et 13 de la loi du 11 mars 1957. Selon le premier de ces textes, «est dite collective l'oeuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé». Quant à l'article 13, il porte que «l'oeuvre collective est, sauf épreuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur».

Qu'entend-on en pratique par oeuvre collective ? On a pensé, en rédigeant ces textes, essentiellement au cas des dictionnaires, des encyclopédies ainsi qu'aux publications de presse. Il est cependant important de savoir la conception que la jurisprudence se fait de l'oeuvre collective.

Certaines décisions ont paru adopter une conception large de cette notion. Ainsi, dans l'affaire des Glénans, la Cour de cassation a étendu l'application de la notion au cas de collections composées de tomes successifs qui, tout en étant uni les uns aux autres par un lien intellectuel et pratique, conservent tout de même respectivement leur autonomie (8). Dans une affaire Livescu jugée par la Chambre criminelle le 1er mars 1977 (9), la qualification d'oeuvre collective a été appliquée à des modèles de mode. La Cour constate que ceux-ci «avaient été conçus par l'oeuvre collective de l'atelier de la SARL Intuition grâce à la collaboration de plusieurs salariés» et plus loin «que de telles réalisations dont l'élaboration est le fruit d'une oeuvre indivisible conçue sans

(8) 1e civ. 1er juillet 1970, D 1970 J. 770 note Edelman.

(9) D. 1978 J. p. 224 note Plaisant.

qu'il soit possible d'en distinguer les auteurs constituent des oeuvres collectives. Mais plus récemment une nouvelle décision semble marquer au contraire la volonté de ne pas étendre à l'excès la notion d'oeuvre collective (10). Il s'agissait d'un modèle de valise écriture. Les juges du fond avaient retenu la qualification d'oeuvre collective en considérant d'une part que le modèle avait été créé par des maquettistes d'une société à l'initiative de celle-ci qui l'avait divulgué et d'autre part que la participation des personnes physiques s'était fondue dans l'ensemble sans qu'il soit possible de déterminer le rôle et la part de chacun. La Cour suprême casse cette décision pour manque de base légale en relevant qu'il ne résultait pas de ces motifs que chacun des créateurs ne pouvait pas se prévaloir des droits indivis sur l'ensemble de l'oeuvre.

Il apparaît donc que l'on ne saurait multiplier les cas d'application de la notion d'oeuvre collective pour investir une personne morale du droit d'auteur. Il est vrai qu'en Doctrine, l'opinion a été émise par M. Greffe (11) que la loi de 1957 ne limitait pas l'attribution du droit d'auteur à une personne morale au seul cas des oeuvres collectives. Ce spécialiste appuie sa thèse en particulier sur l'article 8 de ladite loi selon lequel «la qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'oeuvre est divulguée». M. Greffe souligne la généralité de ces termes et en déduit qu'ils peuvent s'appliquer aussi bien à une personne morale qu'à une personne physique. D'où il conclut que le droit d'auteur peut naître sur la tête d'une personne morale même si l'on n'est pas en présence d'une oeuvre collective.

Mais la jurisprudence ne paraît guère disposée en général à admettre cette thèse (12). En effet, l'article 8 doit être rapproché des articles 9 alinéa 1, 14 et 18 qui réservent l'investiture du droit d'auteur uniquement aux personnes physiques considérées comme seules aptes à créer. Audelà de l'attribution du droit d'auteur à une personne morale doit rester chose exceptionnelle, car la reconnaissance d'un droit moral à une personne morale soulève maint problème. Enfin l'on ne saurait oublier que l'article 1 fait naître le droit d'auteur sur la tête du créateur même s'il a exécuté son oeuvre dans le cadre d'un louage d'ouvrage ou d'industrie, alors que pourtant en pareil cas le co-contractant de l'auteur est très souvent une personne morale. Contre ce faisceau d'arguments, la teneur de l'article 8 ne saurait à notre avis prévaloir, car son libellé est trop vague pour qu'on puisse à coup sûr l'interpréter comme concernant les personnes morales.

(10) v. civ. 1e 17 mai 1978 JCP 1978 IV 221.

(11) v. note JCP 1978 II 18830.

(12) v. Paris 27 mai 1975, D. 1976 J. p. 104 note Desbois, d'ailleurs cassé mais pour d'autres motifs par Crim. 26 octobre 1977 D. 1978 Inf. rap. p. 55 Comp. Paris 10 janvier 1977 JCP 1978 II 18830 note Greffe.

2) Quelle est la situation des dites personnes morales dans le cadre de la loi sur les dessins et modèles ?

Cette dernière fait-elle aux personnes en question un meilleur sort que celui que leur réserve la loi sur le droit d'auteur? Comme on l'a relevé (13), la question revêt une très grande importance pratique en raison du nombre élevé de sociétés qui confient la création de modèles à des auteurs à leur service. La jurisprudence (14) approuvée par certains représentants de la Doctrine (15) ne voit pas d'objection à ce que le monopole conféré par la loi de 1909 naisse au profit d'une personne morale. En ce sens, on peut faire valoir qu'il existe une étroite parenté entre la loi de 1909 et les lois relatives à la propriété industrielle et que ces dernières ne craignent pas de faire d'une personne morale le titulaire originaire des droits qu'elles aménagent. M. Greffe invoque aussi dans le même sens l'article 3 alinéa 1 de la loi du 14 juillet 1909 selon lequel «la propriété d'un dessin ou modèle appartient à celui qui l'a créé ou à ses ayants droit, mais le premier déposant dudit dessin ou modèle est présumé, jusqu'à preuve contraire, en être le créateur».

Toutefois une autre partie de la Doctrine (16) relève que, dans la loi de 1909, il est fait mention à diverses reprises d'un droit conféré au «créateur», de sorte que les objections qui s'opposent à l'octroi à une personne morale du droit d'auteur de la loi de 1957 paraissent exister également dans le contexte de la loi de 1909 sur les dessins et modèles. Au reste, cette solution ne semble pas présenter d'inconvénients sérieux pour les personnes morales, dans la mesure où étant économiquement plus puissantes que leur cocontractant auteur, il leur est facile de se faire céder par eux au moins leurs droits pécuniaires. Cette observation donne, il est vrai, une importance accrue à la question de savoir quelles sont les formes requises pour la cession des droits, problème qui a, lui aussi, été souvent évoqué devant les tribunaux ces dernières années.

B) CONDITIONS DE FORME DES CESSIONS DE DROITS

La situation, au niveau des textes, est assez singulière. La loi de 1909 reste muette sur la question. La loi de 1957, en son article 31, exige un écrit pour la cession, mais limite cette exigence aux contrats de représentation et d'édition définis au Titre III de la loi ainsi qu'aux autorisations gratuites de représentation. De son côté, l'article 3 alinéa 3 de la loi du 12 mars 1952 sur les créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure porte que «les cessions ou autorisations de reproduction ne pourront être présumées. Elles doivent résulter d'un écrit assorti de tous moyens propres à identifier la création originale dont dont la reproduction est cédée ou autorisée».

(13) v. Greffe note au JCP 1978 II 18830.

(14) v. Paris 27 mai 1975 et 10 janvier 1977 préc.

(15) v. Greffe note précitée.

(16) v. Desbois note préc. D. 1976 p. 104 ; obs. Azéma, Rev. trim. dr. com. 1976 p. 77.

Cette disparité de textes n'est pas sans créer des incertitudes, notamment s'agissant de la cession de ses droits pécuniaires qu'un auteur salarié peut être amené à faire. Les tribunaux sont hésitants lorsqu'il s'agit de déterminer sous quelles formes cette cession peut intervenir. Selon une première thèse, défavorable aux auteurs, cette cession découlerait automatiquement de la conclusion du contrat de travail, certaines décisions donnant même une portée générale à cette cession en la faisant porter sur l'ensemble des droits pécuniaires de l'auteur salarié (17), tandis que d'autres plus respectueuses du principe d'interprétation stricte des cessions, estiment que cette cession n'a lieu que dans la mesure nécessaire aux activités normales de l'employeur (18).

Mais l'on constate, à l'époque la plus récente, l'apparition d'un courant plus bienveillant pour les auteurs salariés qui tend à les faire bénéficier des textes précités, exigeant un écrit pour les cessions. L'on peut citer en ce sens un arrêt de la Cour de cassation (19) dont la décision a été entérinée par la Cour de renvoi (20). Il est toutefois malaisé d'apprécier la portée de cet arrêt. Il n'a formellement statué que par application de l'article 3 alinéa 3 précité de la loi du 12 mars 1952 réprimant la contrefaçon des créations des industries saisonnières de l'habillement et de la parure. Il est clair, au vu de l'arrêt de la Cour suprême, que, dans ce contexte, l'écrit est exigé pour toute cession, même lorsqu'elle concerne les droits pécuniaires sur l'oeuvre d'un salarié. Mais il n'est pas sûr que la Cour de cassation statuerait de même en présence d'un salarié qui ne se prévautrait que de la loi de 1909 qui, on le rappelle, reste muette sur les formes de la cession ou de la loi de 1957 qui, comme on l'a déjà dit, ne requiert d'écrit que pour certaines cessions seulement.

On peut d'ailleurs craindre que, même dans les cas où la loi de 1957 exige un écrit pour la cession des droits pécuniaires d'auteur, se développe une jurisprudence défavorable aux auteurs salariés. L'article 31 de cette loi, en effet, qui impose la nécessité d'un écrit, déclare exclure, dans les cas qu'il vise, l'application des articles 1341 à 1348 du Code civil. Les tribunaux en déduisent que reste, au contraire, applicable l'article 1355 du même code qui admet l'aveu extrajudiciaire comme preuve des obligations. Certes, ce texte interdit l'aveu extrajudiciaire purement verbal. Mais l'on en déduit a contrario la validité d'un aveu extrajudiciaire qui résulterait d'un fait. Ainsi l'autorisation de reproduire pourrait résulter de la remise d'un texte ou d'un dessin à une entreprise de publications périodiques (21).

(17) Aix 21 octobre 1965 D 1966 J. p. 70 note Greffe.

(18) Paris 17 mai 1969 D 1969 J. p. 702.

(19) Crim. 11 avril 1975' D. 1975 J. p. 759 note Desbois et JCP 1976 II 18348 note Plaisant.

(20) Amiens, 8 avril 1976, Rev. trim. dr. com. 1976, p. 352.

(21) Tribunal de grande instance de Paris 12 janvier 1974, RIDA 1975 n. LXXXV p. 189 et s.

III - LES SANCTIONS

- A propos des sanctions auxquelles s'expose celui qui méconnaît les droits de l'auteur d'un dessin ou modèle, il faut signaler que la Cour de cassation a rendu récemment un arrêt important. Il a trait à la confiscation en matière de droit d'auteur. Rappelons d'abord comment est conçue la confiscation dans les lois de 1909 et de 1957. Dans le cadre de la loi de 1909, la confiscation est entendue de façon étroite puisque, selon l'article 11 de la loi, en cas de contrefaçon, elle porte seulement sur « les objets portant atteinte aux droits garantis par la présente loi » et sur « les instruments ayant servi spécialement à la fabrication des objets incriminés ». Il n'est pas question de confiscation de recettes ou de produits de la vente. Toute autre est la situation dans le cadre de la loi de 1957. Elle prévoit une confiscation de recettes et c'est à propos de la notion de recettes qu'est intervenu l'arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation.

Il s'agissait d'interpréter les articles 428 et 429 du Code pénal, tels que ces textes ont été rédigés par la loi de 1957. L'article 428 porte que « dans tous les cas prévus par les articles 425, 426 et 427, les coupables seront en outre condamnés à la confiscation de sommes égales au montant des parts de recettes produites par la reproduction, la représentation ou la diffusion illicite ». De son côté, l'article 429 énonce que « dans les cas prévus par les articles 425, 426, 427 et 428. . . les recettes ou parts de recettes ayant donné lieu à confiscation seront remises à l'auteur ou à ses ayants droit pour les indemniser d'autant du préjudice qu'ils auront souffert ; le surplus de leur indemnité ou l'entière indemnité s'il n'y a eu aucune confiscation ... de recettes sera réglé par les voies ordinaires ».

Que faut-il entendre par « recettes » au sens de ces textes ? Deux thèses s'opposent sur cette question. En l'espèce, la Cour de Paris avait considéré l'expression « recettes » comme étant synonyme de chiffre d'affaires réalisé à l'occasion de la vente des objets contrefaisants. Cela revenait à analyser la confiscation en matière de droit d'auteur en une véritable peine privée permettant au titulaire du droit d'auteur d'obtenir, le cas échéant, une réparation dépassant le montant du préjudice que lui cause la contrefaçon. Par arrêt de cassation du 5 novembre 1976, la Chambre mixte de la Cour suprême a donné un autre sens au mot « recettes ». Pour elle, les recettes doivent s'entendre du seul profit retiré de la contrefaçon, ce qui rapproche la confiscation d'une mesure de réparation du préjudice subi. La Haute Juridiction a, en conséquence, cassé l'arrêt de la Cour de Paris qui avait fait porter la confiscation, non sur le profit, mais sur le chiffre d'affaires réalisé par le contrefacteur (22). L'annotateur anonyme de la décision dont on peut croire que la pensée est proche de celle de la Cour suprême explique ainsi la solution adoptée. Selon lui, elle se justifie par le désir de ne pas conférer à l'auteur victime d'une contrefaçon et se prévalant de la loi de 1957 un avantage trop substantiel par rapport aux autres créateurs intellectuels qui, dans le domaine de la propriété industrielle (et même, comme on l'a vu, dans le cadre de la loi de 1909), ne peuvent espérer bénéficier, lorsque leurs droits sont transgressés, que d'une confiscation de moindre portée. De plus, celle-ci reste alors facultative pour le juge, alors que, d'après la loi de 1957, la juridiction

(22) D. 1977 J. p. 221 note XV.

saisie a l'obligation de prononcer la confiscation. Cet arrêt a été l'objet de divers commentaires, les uns favorables (23), les autres critiques (24). La réglementation actuelle des dessins et modèles n'est pas, on le voit, sans susciter de délicats problèmes. Aussi bien ne saurait-on affirmer qu'elle subsistera longtemps telle quelle. Il faut, en effet, compter avec les bouleversements qu'elle est susceptible de subir si est élaboré un droit européen des dessins et modèles. Certes, une telle élaboration est elle-même difficile à réaliser du fait des oppositions très tranchées existant entre les législations nationales des pays du Marché commun en matière de dessins et modèles. Mais l'on peut penser que les autorités de Bruxelles ne tarderont pas à mettre en route une telle entreprise. (25).

(23) v. obs. Azéma, Rev. trim. dr. com. 1977, p. 102.

(24) v. obs, Desbois, Rev. trim. dr. com. 1976, p. 728.

(25) Sur la question v. M.A. Perot-Morel, les perspectives d'une convention communautaire en matière de modèles, Revue de droit intellectuel 1977, p. 134 et «l'action communautaire dans le secteur culturel», communication de la Commission du conseil du 22 novembre 1977, Bulletin des Communautés européennes, Supplément 6/77, p. 17 et S..

ARTICLE 2

LES DIFFICULTES D'UNE CONVENTION EUROPÉENNE EN MATIERE DE DESSINS ET MODELES INDUSTRIELS.

Les dessins et modèles industriels offrent, dans toutes les législations, des difficultés inhérentes à la dualité de leur nature. Situés, en quelque sorte, au carrefour de l'art et de l'industrie, ces créations se présentent à la fois comme des œuvres de l'esprit relevant à ce titre du droit d'auteur et comme des productions industrielles, impliquant une protection spécifique mieux adaptée aux impératifs du commerce. Cette nature hybride les écartèle entre des statuts juridiques différents et les systèmes nationaux oscillent de manière très inégale entre les deux pôles d'attraction que constituent le droit d'auteur, d'une part, et la propriété industrielle de l'autre.

L'extrême diversité des régimes de protection qui en résulte constitue un obstacle particulier à l'harmonisation des législations ; sur le plan européen, notamment, la divergence des principes est telle que les pays de la C.E.E. hésitent à remettre en question l'idée d'une convention communautaire analogue à celles qui viennent de voir le jour en matière de brevet d'invention ou qui sont actuellement en projet en matière de marques.

Les oppositions de tendances semblent, en effet, irréductibles en ce domaine ; elles ne mettent pas seulement en jeu des considérations juridiques mais impliquent, au point de départ, une prise de position d'ordre philosophique sur la nature même de l'art et les limites qu'il convient de lui assigner. Cette option fondamentale qui divise profondément les droits internes, se traduit sur le plan international par un statut complexe et hétérogène. Participant, en raison de la double inspiration de leur régime de protection, à deux ordres de convention, les dessins et modèles relèvent à la fois de la Convention internationale d'Union de Paris de 1883 pour la protection de la propriété industrielle et de la Convention internationale de Berne de 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques à laquelle s'ajoute la Convention Universelle du droit d'auteur de Genève de 1952. Le régime international s'organise ainsi dans un double cadre, source de difficultés et d'inégalité entre les États.

Le malaise industriel qu'engendre cette situation a été particulièrement ressenti à l'intérieur du Marché Commun. C'est pourquoi, dès l'origine de la C.E.E. la nécessité est apparue, avec la même urgence qu'en matière de brevet et de marque, d'instituer un titre de protection communautaire, dépassant le simple effet procédural du dépôt international institué par l'Arrangement de La Haye de 1925, et donnant naissance à un régime spécifique et uniforme se superposant, tout au moins dans un premier temps, aux législations nationales.

Néanmoins, aucun projet de Convention n'a pu jusqu'ici être élaboré, d'une part parce que les efforts se sont polarisés d'abord sur les Conventions relatives aux brevets, et, plus récemment, sur le projet de marque communautaire ; d'autre part, et surtout, parce que les difficultés propres à la matière, ont immédiatement découragé les premières tentatives.

La question, toutefois, n'est pas restée totalement en dehors des préoccupations de la C.E.E. : dès 1960, un Sous Comité spécial avait été chargé de l'étude des dessins et modèles au sein du Comité de coordination des législations nationales en matière de propriété industrielle. Deux remarquables rapports y furent présentés par le Professeur Roscioni : le premier concernait la question du dépôt international en vue de l'attitude commune à adopter lors de la Conférence de révision de l'accord de La Haye de 1925 qui était envisagée à l'époque. Le second, présenté après la conférence diplomatique de La Haye du 28 novembre 1960 (laquelle a donné naissance à un nouvel Arrangement, signé par un plus grand nombre de pays mais non encore en vigueur), avait pour but de poser les premiers jalons d'un avant-projet de Convention Européenne, et mettait en relief, à cet effet, la diversité des conceptions nationales.

Mais cet excellent travail de synthèse n'eut pas les suites qu'on pouvait espérer. Devant les difficultés de principe que firent apparaître les premières discussions, la question fut ajournée « sine die », cédant le pas aux préoccupations plus urgentes que suscitait alors la matière des brevets. A l'heure où la Convention de Munich du 5 octobre 1973 relative au brevet européen et la Convention de Luxembourg du 15 décembre 1975 instituant le brevet communautaire viennent enfin de régler ces questions, il serait, semble-t-il, souhaitable de se tourner à nouveau vers les créations d'art industriel dont l'importance économique croissante n'est plus à démontrer. Trop longtemps considérés comme les « parents pauvres » des droits de propriété industrielle, les dessins et modèles jouent aujourd'hui un rôle de premier plan dans un grand nombre de secteurs industriels et représentent souvent un élément incorporel prépondérant au sein du patrimoine des entreprises modernes. Sans doute, les intérêts en jeu n'égalent-ils pas toujours ceux qui se débattent en matière de brevet d'invention ou de marque ; mais il suffit de considérer l'importance des investissements que suppose la création de certains prototypes industriels, les frais de lancement énormes qui sont généralement engagés pour diffuser un modèle, enfin et surtout, les pertes parfois irrémédiables subies par les entreprises dans des secteurs où la contrefaçon sévit à l'état endémique, pour se convaincre de l'urgence d'un régime juridique spécifique assurant aux intéressés une protection efficace et uniforme.

Il semble donc opportun de s'interroger aujourd'hui sur les perspectives possibles d'une Convention européenne en ce domaine. Un recensement systématique des obstacles sur lesquels risque de buter la relance des travaux est la première approche indispensable du problème. Or, ces difficultés se situent à deux niveaux d'importance très

inégalité qu'il convient de mettre en relief : les premières résultent de l'interférence des régimes de protection relatifs au droit d'auteur et à la propriété industrielle et constituent la pierre d'achoppement de l'harmonisation préalable des législations (I) ; les secondes sont du même ordre que celles que l'on rencontre dans la mise en place de toute convention communautaire et concernent seulement les modalités techniques d'une réglementation spécifique uniforme (II).

I. — LES DIFFICULTES CONCERNANT L'HARMONISATION PREALABLE DES LEGISLATIONS

Les contradictions, de prime abord décourageantes, que révèlent les systèmes nationaux ont trait au champ d'application respectif des lois spéciales en matière de dessins et modèles et du statut du droit d'auteur. La nécessité de concilier, avant toute construction juridique, deux systèmes de protection dont l'inspiration et les principes sont fort différents, bloque aujourd'hui encore toute reprise de l'idée d'une Convention communautaire. La difficulté résulte essentiellement des trois tendances très divergentes entre lesquelles se partagent les législations des pays de la C.E.E.

A) LE SYSTEME DE L'UNITE DE L'ART

La première conception procède de la théorie dite de « l'unité de l'art » ; elle refuse systématiquement toute discrimination entre les œuvres d'art pur et les créations d'art industriel. Il en résulte un système de protection cumulative faisant bénéficier tous les dessins et modèles à la fois du droit d'auteur et d'une loi spécifique de caractère industriel.

Cette solution est essentiellement celle du droit français : le principe en est expressément consacré par l'article 1^{er} de la loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et les modèles qui accorde à l'auteur le droit de se prévaloir de toute autre disposition légale pour assurer la protection de sa création et, en particulier, de la loi sur la propriété littéraire et artistique. Cette disposition est donc très nette : tout ce qui est protégé par la loi de 1908 l'est aussi nécessairement par la loi du 11 mars 1957 qui réglemente aujourd'hui le statut de la propriété littéraire et artistique. Cette législation lève d'ailleurs à son tour toute équivoque sur ce point en précisant dans son article 2 que sont protégés « les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ».

Un tel système présente évidemment l'avantage de la simplicité en supprimant tout problème de frontière entre les deux régimes ; il élimine par suite tout risque d'arbitraire. Mais il offre en retour l'inconvénient d'étendre démesurément le domaine du droit d'auteur. On en arrive à protéger sur ce terrain des créations de formes manifestement

dépourvues de tout caractère artistique, voire même de tout élément d'ordre esthétique. Pour citer quelques exemples caractéristiques, on a notamment accordé la protection du droit d'auteur à des douilles de lampes (2), à des paumelles de portes (3), à des porte-bagages de véhicules (4), à des ustensiles ménagers tel qu'un panier à salade en matière plastique à propos duquel la Cour de Cassation n'a pas hésité à déclarer que l'utilisation d'une telle matière procède d'une idée créatrice susceptible d'être protégée par le droit d'auteur (5). Plus symptomatique encore est l'espèce célèbre des graisseurs Técalémit dont la seule originalité résidait dans la forme hexagonale donnée à la tête de l'appareil (6). Le libéralisme de la jurisprudence française à cet égard est souvent, à juste titre, critiqué (7). Mais, en l'état actuel de la législation, le principe du cumul absolu des protections paraît définitivement acquis (8) et il ne semble pas que l'avant-projet de réforme des dessins et modèles mis à l'étude depuis quelques années par le Conseil Supérieur de la Propriété Industrielle en envisage l'abandon.

L'attachement du droit français à ce système que l'on peut trouver excessif (9) ne repose pas seulement sur des considérations idéologiques ; il s'y ajoute un certain nombre d'intérêts pratiques auxquels les milieux intéressés sont très sensibles. En particulier, le principe de la double protection offre un avantage essentiel en ce qui concerne le dépôt : la nécessité du dépôt des dessins et modèles exigée par la loi du 14 juillet 1909 apparaît, en effet, souvent comme une obligation gênante dans certaines industries où les fluctuations de la mode entraînent un renouvellement rapide des créations. La possibilité du cumul permet alors de conserver le droit sur le terrain de la propriété artistique en l'absence de toute formalité. Ce système évite aussi les conséquences de l'irrégularité ou de la nullité du dépôt.

Un autre intérêt évident est celui de la durée de la protection : dans la loi sur les dessins et modèles, la durée totale de la protection est de 50 ans à partir de la date du dépôt. Sur le terrain du droit d'auteur, le droit subsiste non seulement pendant toute la vie de l'auteur mais il se prolonge encore cinquante ans après sa mort au profit

(2) Paris 3 juill. 1951 ; Cass. Civ. 16 janv. 1957, Bull. Civ. 1957, III, 20.

(3) Paris 15 avr. 1964, J.C.P. 1964, II, 13896, note R. Plaisant.

(4) Cass. Com. 28 fév. 1964, Bull. Civ. 1964, III, 93, p. 81.

(5) Cass. Crim. 30 oct. 1963, J.C.P. 1964, II, 13950, note R. Plaisant.

(6) Paris 8 mars 1939, annales propriété industrielle 1939, 258 ; Paris 1^{er} déc. 1948, annales propriété industrielle 1949, 74 ; Cass. Civ. 27 fév. 1957, annales propriété industrielle 1957, 411.

(7) Cf. M.A. Perot-Morel ; *La protection spécifique des dessins et modèles et ses rapports avec la protection du droit d'auteur*, in *Design Protection*, éd. M. Cohen Jehoram 1976, p. 45 et s.

(8) Cf. H. Desbois, *Commentaire de la loi du 11 mars 1957*, D. 1957, 350 ; H. Desbois et A. Françon, *encyclopédie Dalloz*, v. dessins et modèles, n° 154 et s.

(9) Sur les controverses autour de la théorie de l'unité de l'art, cf. P. et F. Greffe, *Traité des dessins et modèles*, Libr. Techn., éd. 1974, p. 22 et s.

de ses héritiers. A ceci s'ajoutent également certaines différences de procédure notamment dans l'organisation de la saisie-contrefaçon et dans le régime des sanctions (10).

C'est à cette première tendance que se rattachait également l'ancienne loi belge qui soumettait indistinctement tous les dessins et modèles, quel que soit leur caractère artistique, au régime du droit d'auteur institué par la loi du 22 mars 1886. L'arrêté royal du 29 janvier 1935 avait, en effet, aboli tout régime de protection spéciale des dessins et modèles en organisant simplement à leur profit un système de dépôt facultatif.

B) LE SYSTEME DE LA SEPARATION ABSOLUE DES PROTECTIONS

La seconde tendance des législations européennes part de la conception diamétralement opposée et établit, au contraire, un cloisonnement rigide entre les deux formes de protection. La législation la plus représentative de cette tendance est celle de l'Italie qui ne connaît *qu'une seule source de protection* pour les dessins et modèles industriels résultant de la loi de 25 août 1940 laquelle concerne à la fois les dessins et modèles ornementaux et les modèles d'utilité (11). Cette assimilation explique d'ailleurs l'inspiration technique de la réglementation où se retrouvent les traits caractéristiques de la loi sur les brevets d'invention. Aucun chevauchement n'étant possible en droit italien entre cette loi spéciale et celle du 22 avril 1941 sur le droit d'auteur, il en résulte qu'une distinction très nette doit être faite entre les dessins et modèles et les créations artistiques. A cet égard, la pratique jurisprudentielle utilise le critère dit de la « scindibilità » que l'on peut traduire, semble-t-il, par le mot « dissociation ». On considère que l'œuvre d'art appliquée à l'industrie relève exclusivement du droit d'auteur lorsque l'élément artistique est tel qu'il peut se dissocier de l'objet industriel auquel il s'applique. Si la dissociation existe, tout recours à la loi spécifique des dessins et modèles devient alors impossible. Ce concept apparaît cependant, en fait, assez difficile à mettre en œuvre car la « scindibilità » est interprétée tantôt dans un sens matériel c'est-à-dire impliquant une séparation véritable entre l'œuvre artistique et la création industrielle, tantôt dans une acception abstraite ou idéale admettant la dissociation dès lors que la configuration artistique de l'œuvre peut se détacher, intellectuellement, de l'objet dans lequel elle se concrétise (12).

(10) Sur les intérêts de la théorie de l'unité de l'art, cf. M.A. Perot-Morel, *Les principes de protection des dessins et modèles dans les pays du Marché Commun*, éd. Mouton, 1968, p. 33 et s.

(11) Cf. F. Benussi, *La tutela del disegno industriale*, éd. Giuffrè 1975.

(12) C. F. Benussi, op. cit., p. 142 et s. ; voir également F. Perret, *L'autonomie du régime de protection des dessins et modèles*, Libr. de l'Université, Genève, éd. 1974, p. 257 et s.

Ce système de non cumul des protections a été également jusqu'à une date récente celui du droit britannique. La loi spéciale sur les dessins et modèles déposés du 16 décembre 1949 ne pouvait se cumuler avec celle du droit d'auteur du 5 novembre 1956. Dès qu'un dessin ou modèle était enregistré ou simplement reproduit à plus de cinquante exemplaires, la protection par le « copyright » était totalement exclue. Tel n'est plus le cas, il est vrai, depuis la modification de la loi sur le droit d'auteur du 25 octobre 1968 qui a étendu sa protection aux dessins et modèles même enregistrés ou reproduits industriellement. Mais cette loi apporte, toutefois, une restriction importante à la possibilité du cumul : le bénéficiaire du droit d'auteur ne peut, en effet, être invoqué que temporairement, pendant une durée de quinze ans à partir du moment où les objets sont commercialisés.

C) LES SYSTEMES INTERMEDIAIRES

Entre les deux tendances extrêmes de l'unité de l'art et de la séparation absolue des protections, les législations des pays du Marché Commun connaissent encore des systèmes intermédiaires qui admettent un cumul partiel des deux régimes en fonction de différents critères, plus ou moins rigoureux, fondés sur l'importance du caractère artistique de l'œuvre.

La législation la plus ancienne adoptant ce système est celle du droit allemand dans lequel la loi spécifique sur les dessins et modèles de goût du 11 janvier 1876 peut éventuellement coexister avec la protection du droit d'auteur instituée aujourd'hui par la loi du 9 septembre 1969 dans la mesure où les dessins et modèles ornementaux révèlent un niveau artistique suffisant. Toute la difficulté est dès lors de déterminer le degré artistique à partir duquel les dessins et modèles pourront accéder à la protection du droit d'auteur. La jurisprudence effectue, en principe, cette appréciation en se référant soit à l'opinion commune, soit « au jugement moyen de personnes suffisamment qualifiées dans le domaine de l'art » (13). Il semble que les décisions exigent, d'une manière générale, un niveau artistique assez élevé, en s'inspirant peut-être de la notion de hauteur inventive admise en matière de brevet ; la double protection apparaît, de ce fait, assez exceptionnelle.

C'est également à ce système que se rallie la nouvelle loi Bénélux du 25 octobre 1966 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1975 qui envisage expressément l'application cumulative du droit d'auteur pour les créations ayant un « caractère artistique marqué ». On peut d'ailleurs se demander si cette formule implique la même exigence que celle du droit allemand. Certains auteurs estiment que le terme « marqué »

(13) Reichsgericht 12 juin 1937, G.R.U.R. 1937, 821 ; Cour Fédérale 27 nov. 1956, G.R.U.R. 1957, 291 ; Cour Fédérale 9 déc. 1958, G.R.U.R. 59, 290, note Henssler. Sur l'appréciation du niveau artistique en droit allemand, cf. M.A. Perot-Morel, ouvrage précité, p. 82 et s.

permet une interprétation moins rigoureuse et signifie seulement que l'œuvre doit avoir un caractère artistique évident et réel et non pas nécessairement d'un niveau élevé (14).

Enfin les lois nordiques uniformes auxquelles se rattache la loi danoise du 27 mars 1970, offrent également la possibilité d'un cumul partiel de protection ; elles ne contiennent, en effet, aucune disposition excluant expressément le droit d'auteur pour les créations d'art industriel. Il suffit donc que les dessins ou modèles répondent aux exigences des lois nationales sur le droit d'auteur pour bénéficier de la double protection.

Les divers systèmes de protection des dessins et modèles dans les pays de la Communauté offrent ainsi un panorama extrêmement varié. On comprend que, dans un tel labyrinthe de contradictions, les premières tentatives d'unification aient été quelque peu décourageantes. C'est pourquoi, il est apparu, dès l'abord, qu'un conflit aussi profond, mettant en jeu des options fondamentales, ne pouvait être résolu qu'en renvoyant aux législations nationales pour l'application éventuelle du droit d'auteur. Mais on a très vite compris qu'une telle solution ruinerait du même coup l'efficacité de la protection communautaire en laissant subsister de profondes inégalités de traitement d'un pays à un autre ; elle risquerait, en outre, de faire échec au principe communautaire de la libre circulation des marchandises car le droit d'auteur survivrait ainsi dans certains pays après l'expiration du monopole conféré par le dépôt de modèle.

Devant une telle alternative, le système de séparation radicale des protections peut sembler a priori le plus logique. Néanmoins, les critères qui sont à cet égard proposés, fondés soit sur la destination industrielle de l'œuvre, soit sur la reproduction en série, n'ont pu jusqu'à ce jour rallier tous les suffrages.

Pour couper court aux difficultés, on avait suggéré initialement une solution apparemment très simple qui était d'assortir le futur titre européen d'une option entre le statut du droit d'auteur et les régimes spécifiques, l'auteur pouvant choisir librement selon son intérêt. Mais ceci implique, parallèlement, l'unification du droit d'auteur dans le cadre communautaire (ce qui touche à bien d'autres domaines que les dessins et modèles et ne semble pas encore en mesure d'être réalisé).

Le premier rapport du Comité d'études avait également suggéré une solution de compromis qui a suscité quelque intérêt : elle consisterait en une sorte de renonciation partielle au droit d'auteur sur les

(14) Cf. A. Braun et J.J. Evrard, *Droit des dessins et modèles au Bénélux*, éd. Larcier 1975, p. 227 et s.

dessins et modèles ayant fait l'objet d'un dépôt communautaire : dans cette optique, on protégerait uniquement par une loi spéciale uniforme les objets dans lesquels s'incorpore un dessin ou modèle. Mais on laisserait subsister, en revanche, le droit d'auteur sur l'œuvre envisagée in abstracto, c'est-à-dire indépendamment de son application industrielle. Par exemple, s'agissant d'un dessin original reproduit sur des tissus d'ameublement, la création dans son utilisation industrielle ne sera protégée que sur le terrain des dessins et modèles par la loi spécifique. Ainsi à l'expiration du monopole conféré par le titre, la fabrication de tissus identiques redeviendra libre. Mais le droit d'auteur subsistera sur le dessin lui-même, de telle sorte que l'auteur pourra encore en interdire la reproduction pour d'autres applications industrielles. Ce système fait en quelque sorte appel à la même notion de dessins et modèles que la loi Bénélux ou la loi Scandinave qui ne protège que l'aspect d'un produit déterminé et non le dessin ou modèle considéré en lui-même. Mais, contrairement à ces lois, il supprime toute possibilité de protection cumulative pour le dessin ou modèle déposé.

Cette solution, qui semble avoir obtenu quelque faveur lors des premiers travaux, est a priori assez séduisante par la sécurité juridique qu'elle permettrait d'assurer sur le plan européen, sans pour autant sacrifier totalement le droit d'auteur. Mais il est à craindre cependant qu'elle ne donne pas entièrement satisfaction à ceux qui désirent conserver à la propriété artistique un domaine suffisamment étendu ; le droit d'auteur se trouvera, en effet, nécessairement exclu dans les très nombreuses hypothèses où un modèle ne peut se concevoir en dehors de l'objet auquel il s'applique, ce qui est le cas pour la plupart des créations de formes (15).

En définitive, il faut bien constater qu'aucune proposition n'est pleinement satisfaisante et qu'un grand point d'interrogation demeure sur le problème fondamental et préalable de la détermination des frontières entre les deux régimes de protection.

II. — LES DIFFICULTES CONCERNANT LES MODALITES TECHNIQUES D'UNE REGLEMENTATION SPECIFIQUE

Le second ordre de difficultés, relatif aux modalités d'une réglementation communautaire spécifique des dessins et modèles, serait sans doute plus aisé à résoudre.

(15) Sur l'appréciation critique de cette solution, cf. M.A. Perot-Morel, *op. cit.*, p. 316 et s.

En premier lieu, la notion même de dessins ou modèles industriels ne paraît pas susciter de contradictions insurmontables et, sur ce point, un terrain d'entente pourrait, semble-t-il, être trouvé. Toutes les législations des pays du Marché Commun adoptent, en effet, une définition assez large visant, d'une manière générale, toute création destinée à agrémenter la forme ou l'aspect d'un objet susceptible d'être commercialisé. Certaines tendances nouvelles, il est vrai, telles que celles de la loi Bénélux ou des législations scandinaves réservent le régime de protection spéciale aux créations utilitaires et pourraient, à cet égard, s'opposer aux tendances plus traditionnalistes pour lesquelles le caractère ornemental ou esthétique reste la considération primordiale.

Un principe commun est, d'autre part, posé dans toutes les législations qui tend à faciliter la délimitation du champ d'application de la protection spécifique. Le régime des dessins et modèles est, en effet, exclu dans tous les systèmes, au profit de celui des brevets d'invention lorsque les créations de forme sont trop étroitement liées au résultat technique ou fonctionnel de l'objet. Certes, les difficultés sont grandes pour trouver un critère précis permettant d'apprécier le caractère inséparable des éléments de forme et des éléments techniques, mais elles sont inhérentes à la règle elle-même et communes aux diverses législations (16). Sur ce point, la formule adoptée par la loi Bénélux visant expressément les « formes indispensables à l'obtention d'un effet technique » semble observer une assez juste mesure en ce sens que, d'une part, elle ne se réfère pas, comme la loi française, au caractère brevetable de la création et, d'autre part, parce qu'elle assigne ainsi à la règle une portée suffisamment étroite pour tenir compte de l'évolution de l'esthétique industrielle et de la nécessité de protéger les formes techniquement utiles (17).

L'accord semble, a priori, beaucoup moins unanime en ce qui concerne la condition fondamentale de nouveauté. L'interprétation objective ou subjective de la notion, son imbrication plus ou moins étroite avec l'idée d'originalité, la fluidité des concepts dans les diverses législations, engendrent un certain malaise dans toute tentative d'unification (18). Il apparaît, néanmoins, à travers l'analyse de jurisprudences très disparâtes, que les divergences de conceptions sont souvent plus réelles dans les affirmations doctrinales que dans

(16) Sur les difficultés d'interprétation de l'art. 2 al. 2 de la loi française du 14 juil. 1909, cf. M.A. Perot-Morel, *L'application respective du régime de protection des dessins et modèles industriels et des inventions brevetables*, Rev. trim. de com. 1976, n° 1 p. 23.

(17) Cf. F. Perret, *Formes techniquement indispensables et originalité selon la loi uniforme Bénélux sur les modèles*, Rev. droit intell. ing. cons. 1977, p. 130.

(18) Sur les concepts de nouveauté et d'originalité dans les diverses législations des pays de la C.E.E., cf. M.A. Perot-Morel, op. cit., p. 213 et s.

les applications pratiques. L'exirême relativité que revêt inévitablement la nouveauté en ce domaine, rapproche, sur le terrain des faits, les tendances les plus contradictoires. La nouveauté, d'une manière générale, se caractérise moins par l'absence d'antériorités concrètes que par l'apport original de l'auteur, l'empreinte personnelle qu'il ajoute aux antériorités existantes. Sans aller, sans doute, jusqu'à se confondre avec la notion d'originalité du droit d'auteur, c'est, en définitive, vers un concept d'essence subjective que convergent toutes les jurisprudences.

En revanche, la question qui doit, semble-t-il, polariser l'attention et susciter le plus de concessions réciproques, est celle de l'organisation et des modalités d'un éventuel dépôt communautaire.

Dans la perspective d'un droit européen, le dépôt des dessins et modèles ne peut certes pas être envisagé à la manière du dépôt international de l'Arrangement de La Haye, c'est-à-dire comme une simple facilité procédurale. Il convient, par suite, d'adopter une position commune tant sur sa nature juridique, laquelle conditionne certains de ses effets, que sur certains points essentiels tels que la durée et la possibilité du secret.

Le partage des législations entre le principe déclaratif ou attributif du dépôt ne paraît pas, en lui-même, un obstacle très redoutable. L'examen des divers systèmes fait apparaître la portée pratique, somme toute assez réduite, de cette opposition. Les pays qui consacrent le caractère attributif ne tirent pas, en général, toutes les conséquences logiques de ce principe : en particulier, ils reconnaissent souvent l'existence d'un certain droit privatif antérieur au dépôt et n'attachent pas toujours à la présomption résultant de la formalité, un caractère irréfragable (19).

La divulgation des dessins et modèles avant le dépôt sera sans doute aussi source de conflits : la France, en particulier, n'abandonnera certainement pas sa position qui est d'admettre sans restriction cette divulgation dans l'intérêt de certaines industries, contrairement au droit italien, allemand, scandinave et, dans une certaine mesure, à la loi Bénélux. Mais on pourrait peut-être trouver ici encore un moyen terme en prenant exemple sur certaines législations de brevets, c'est-à-dire en admettant la divulgation pendant un délai assez bref qui pourrait être de six mois ou d'un an avant le dépôt.

Enfin, toutes les questions qui touchent à l'organisation du dépôt communautaire nécessiteront également une mise au point assez délicate :

Il faudra d'abord trancher la question de l'examen préalable des dessins et modèles : la recherche de nouveauté est notamment

(19) Tel est le cas en droit allemand où le dépôt, malgré son caractère attributif, n'est pas incontestable (art. 13 de la loi du 11 janv. 1876).

prévue par les lois britanniques et nordiques mais serait, semble-t-il, difficilement acceptée par les autres pays, même avec une limitation territoriale des antériorités.

Ensuite, il conviendra de s'entendre sur certaines modalités du dépôt, notamment sur la durée et la publicité qui sont les deux points les plus discutés : en ce qui concerne la durée, il semble, toutefois, que l'on s'accorderait assez facilement aujourd'hui sur la solution adoptée par la loi Bénélux et l'Arrangement de La Haye de 1925, c'est-à-dire une durée initiale assez courte de cinq ans, renouvelable jusqu'à un maximum de quinze ans.

En revanche, la question du caractère secret ou public du dépôt sera peut-être moins facilement résolue : la France, pour sa part, attache beaucoup d'importance à la possibilité du secret qui peut être maintenu, dans la loi actuelle, pendant une durée totale de vingt-cinq ans. L'Italie, au contraire, ne peut concevoir le dépôt sans publicité (ce fut d'ailleurs la raison de son refus d'adhérer au premier Arrangement de La Haye de 1925). Mais, là encore, toute solution de compromis n'est peut-être pas impossible : on pourrait, semble-t-il, retenir le principe de la publicité immédiate qui est plus conforme à la sécurité juridique mais en permettant l'ajournement de cette publicité pendant un délai d'un an au moins, voire même, à titre dérogatoire, pendant un délai plus long pour certains secteurs justifiant d'un intérêt particulier.

En définitive, il semble que l'on puisse conclure sur une note relativement optimiste en ce qui concerne la perspective d'un droit communautaire établissant un régime juridique uniforme propre aux dessins et modèles industriels.

Mais, en revanche, on se heurte, au contraire, à une difficulté de principe qui n'est pas encore en mesure d'être surmontée, lorsqu'il s'agit de déterminer les rapports ou les interférences qu'il conviendra d'admettre entre ce système de protection spécifique, inspiré par des préoccupations d'ordre industriel, et la protection au titre du droit d'auteur.

CHAPITRE 4

DIX ANS DE DROIT DES BREVETS D'INVENTION

**Jean-Marc MOUSSERON
Christian LE STANC
Joanna SCHMIDT
Michel VIVANT**

1. — La dernière décennie a été marquée par la promotion des techniques au rang des valeurs premières dont la maîtrise commande le développement voire la survie des entreprises. Amorcé au lendemain de la guerre, le mouvement s'est considérablement accentué avec le renforcement de la concurrence entre les collectivités nationales comme les entreprises privées, l'accès au marché de nouveaux demandeurs et la concentration des unités de production. Le problème du régime juridique de ces ensembles souvent considérables d'informations se pose avec une insistance d'autant plus grande (1).

2. — Le premier effort caractéristique de la période écoulée a porté sur une analyse juridique plus aiguë que par le passé. Le « paysage juridique » des techniques s'est clarifié avec la distinction désormais faite entre l'objet et le contenu de l'intervention juridique menée à leur propos (2). L'objet de cette intervention est le know how ou savoir faire défini, de la manière la plus large possible, comme toute information pour la connaissance de laquelle une personne est prête à offrir une contrepartie. Participant à un commerce, la technique voit apparaître sa valeur d'échange et s'établit au rang de « valeur » selon le langage des économistes, de « bien » d'après celui des juristes (3). Une définition plus synthétique réunit sous un même vocable toutes les connaissances techniques, d'ordre industriel, documentaire, commercial, financier, gestionnaire... transmissibles non immédiatement accessibles. Les distinctions ne sont pas de mise puisque leurs titulaires sollicitent le Droit aux mêmes fins de réservation et commercialisation de leurs informations et que le Droit positif répond par l'énoncé d'un régime juridique commun. A l'égard de pareil know-how, le contenu de l'intervention juridique n'est pas, toutefois, homogène et il convient de distinguer entre un régime de droit commun ne comportant pas recours à la technique juridique de l'appropriation, dit « régime du secret » (4), et un régime d'exception établi sur le recours à la technique juridique de l'appropriation, dit « régime du brevet d'invention ».

(1) Septièmes Journées d'Actualités de Droit de l'Entreprise : *Le Know How*, Litec 1976.

(2) Sur l'ensemble de la question, J.M. Mousseron, Cahier Droit de l'Entreprise 1972-1 : *le Know how*, v° Savoir-faire (Know how) in Rep. Dr. Com. Dalloz 1977.

(3) J. Calais et J.-M. Mousseron, *Les biens de l'entreprise*, Coll. Droit et Gestion, Litec 1972, p. 65 et suiv.

(4) R. Fabre : *Le know how : sa réservation en droit commun*, Coll. C.E.I.P.I. 1976.

3. — Le praticien aura été plus attentif à une modification considérable des règles du jeu applicables à cette deuxième variante de l'intervention juridique.

Après 125 ans d'application de la loi du 5 juillet 1844, à peine marqués par quelques révisions législatives discrètes et une adaptation jurisprudentielle continue, le droit français des brevets d'invention a connu, ces dix dernières années, deux vagues de réformes d'amplitude voisine. A peine la loi du 2 janvier 1968 (5) était-elle « absorbée » par la pratique qu'une réforme atteignant deux de ses articles sur trois était votée par le Parlement, le 30 juin 1978 (6).

La loi du 2 janvier 1968 ne répondait pas, en effet, au seul souci d'améliorer au plan technique nos formules de réservation de connaissances industrielles. Elle préparait, accompagnait ou suivait d'importantes transformations intervenant au plan international qui imposaient de nouveaux remaniements. Le besoin de réservation ressenti par les titulaires de connaissances techniques se contient difficilement, en effet, aux frontières d'un état et l'historien des brevets perçoit, de bonne heure, le besoin international. Dès 1883, la Convention d'Union de Paris (7) engage l'harmonisation des règles matérielles du Droit des brevets, amorçant, par exemple, la laborieuse construction sur la sanction de la non exploitation de l'invention brevetée et articule entre eux les brevets nationaux grâce au mécanisme de la priorité unioniste (8) d'une simplicité et une importance extrêmes au temps où, à travers le monde, deux demandes sur trois en invoquent le bénéfice. Pareil effort de rapprochement mené au plan universel atteint, cependant, ses limites avec les maigres apports des conférences de Lisbonne et de Stockholm qui clôturent la période précédant le temps de notre observation (9), la relance envisagée pour les prochaines années avec

(5) Loi du 2 janvier 1968 entrée en application le 1^{er} janvier 1969 ; v. J.J. Burst et A. Chavanne : *Droit de la propriété industrielle*, Précis Dalloz 1976 ; P. Mathely, *Le droit français des brevets d'invention*, Libr. du Journ. des Notaires, 1974 ; J.-M. Mousseron, v^o *Brevet*, Rep. Dr. Com. Dalloz 1975 ; J. Schmidt, *L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968*, Coll. C.E.P.I. 1972.

(6) Prop de loi J. Foyer n^o 2902 du 18 mai 1977 et Rapport P. Regis Ass. Nat. n^o 3217 du 16 nov. 1977 votée le 24 nov. 1977 par l'Assemblée Nationale (J.O. Débats Ass. Nat. 25 nov. 1977, texte publié in *Dossier brevets 1977. IV. doc.*), puis par le Sénat le 18 avril 1978 (J.O., Débats Sénat 14 et 19 avril 1978, *Dossiers Brevets 1978. I.*), à nouveau par l'Assemblée, le 17 mai 1978 (J.O. Débats Ass. Nat. 18 mai 1978 - *Dossiers Brevets 1978. II*) et par le Sénat le 14 juin 1978 (J.O. Débats Sénat, 15 juin 1978) et, enfin, par l'Assemblée, le 26 juin 1978 (J.O. Déb. Ass. nat., 26 juin 1978) et le Sénat, le 30 juin 1978 (J.O. Déb., Sénat, 1^{er} juil. 1978).

Les textes d'application en cours de préparation pris, la « loi sur les brevets d'invention » entrera en vigueur avant le 1^{er} juillet 1979... dix ans après l'entrée en vigueur de la loi du 2 janvier 1968. V. J.M. Mousseron et A. Sonnier, *Le droit nouveau des brevets d'invention, Dossiers brevets 1978. III* et coll. C.E.I.P.I., Litec 1978.

(7) G.H. Bodenhausen, *Guide de la Convention de Paris*, 1969.

(8) R. Wiczorek, *Die Unionspriorität in Patentrecht*, Munich, 1975.

(9) J.M. Mousseron, *Large silences et maigres apports de la Convention de Lisbonne sur les brevets d'invention*, J.C.P. 1962, 1717.

la conférence de Sri-Lanka ne pouvant s'imaginer qu'aux dépens de son unité. L'épuisement d'un certain type d'effort international attire les promoteurs de nouvelles constructions vers d'autres cadres et, surtout, d'autres formules. Les deux objectifs des premiers efforts internationaux vont se disjoindre. Le souci d'harmonisation anime, seul, la Convention de Strasbourg sur l'unification de certains éléments du droit matériel des brevets d'invention (10). Quelque important, en revanche, que soient les effets seconds attendus au niveau de l'harmonisation des législations nationales, le souci d'articulation est premier dans la Convention de Washington de 1970 généralement dénommée P.C.T. (11). Ce souci va plus loin avec les Conventions signées à Munich, le 5 octobre 1973, sur la délivrance du brevet européen (12) et, à Luxembourg, le 15 décembre 1975, instituant le brevet communautaire (13). La structure même du Droit des brevets se transforme et à la formule classique des brevets nationaux, dominée par les grands principes de leur territorialité et de leur indépendance, se surajoutent avec vocation majoritaire des systèmes internationaux à forte charge d'autonomie et subsidiaire renvoi à des législations nationales qui, dans les formules de moindre intégration (Washington, Munich), sont encore celles des territoires de réservation mais qui, dans les formules de plus forte cohésion (Luxembourg), sont la loi nationale soit du contrefacteur, voire du breveté, pour ce qui est de la contrefaçon, soit du déposant, voire de son mandataire, pour ce qui est des contrats d'exploitation.

(10) Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention signée à Strasbourg, le 27 novembre 1963, non ratifiée par la France mais ayant largement inspiré les récentes réformes nationales et européennes des brevets. V. M.A. Perot Morel, *Incidence sur le droit français de la Convention de Strasbourg*, J.C.P. 1965, I, 1995.

(11) Traité de coopération en matière de brevets (Patent Cooperation Treaty) signé à Washington le 19 juin 1970, ratifié par la France fin novembre 1977 et entré en vigueur le 24 janvier 1978. V. *Dossiers Brevets 1977. VI « numéro spécial P.C.T. »*. Loi française d'application n° 77-682 du 30 juin 1977, J.O. du 1-07-1977. Texte in *Dossiers Brevets 1977-III*.

(12) Convention de Munich sur la délivrance du brevet européen signée à Munich le 5 octobre 1973, ratifiée par la France le 1^{er} juillet 1977, et entrée en vigueur le 7 octobre 1977. V. J.B. von Benthem, *La Convention de Munich*, *La Propriété Industrielle* 1974, p. 43 ; F. Panel, *Les conditions de la réservation des inventions en droit européen des brevets*, Th. Dr. Montpellier 1975 ; J.M. Mousseron : *Les Conventions de Washington et de Munich sur la demande et la délivrance des brevets*, J.C.P. 1978 ; J. Schmidt : *Aujourd'hui le Brevet Européen*, D. 1978 et J. Cl. « Brevets », fasc. « *Le brevet européen* ». Loi française d'application n° 77-683 du 30 juin 1977, J.O. du 1-07-1977, *Dossiers Brevets 1977-III*.

(13) Convention relative au brevet européen pour le marché commun (Convention sur le brevet communautaire) signée à Luxembourg le 15 décembre 1975. Loi française d'application n° 77-684 du 30 juin 1977, J.O. du 1-7-1977, *Dossiers Brevets 1977-III*.

4. — Ouverte sur une profonde modification du Droit interne des brevets la décennie se termine avec une transformation tout aussi vigoureuse de ces règles et les apports internationaux considérables que sont le Traité de Washington et la Convention de Munich sur la délivrance du brevet européen.

Devant pareilles éruptions, le juriste éprouve un besoin d'ordre et se demande ce qu'en dix ans sont devenus les conditions (I) et les effets (II) de l'application du système des brevets d'invention.

I. — QUE SONT DEVENUES, EN DIX ANS, LES CONDITIONS D'APPLICATION DU SYSTEME DES BREVETS ?

5. — L'évolution historique des brevets d'invention, hier privilèges d'exploitation accordés par le prince pour son territoire de souveraineté, et aujourd'hui instruments de politique économique des états, lie chaque droit de brevet à un territoire national déterminé ; le principe de territorialité des droits de propriété industrielle, en général, et des brevets d'invention, en particulier, exprime cette situation de départ. En découle la spécificité des conditions de naissance du droit retenues par chaque système national de réservation des connaissances techniques. Les développements internationaux intervenus récemment n'ont pas écarté le principe de territorialité mais en ont affaibli certaines conséquences au niveau, principalement, des conditions d'obtention des brevets d'invention.

Aussi n'est-il plus possible de limiter l'observation à la première hypothèse d'application dissociée de systèmes nationaux de brevets, le brevet français par exemple (A), mais devient-il nécessaire d'envisager également la seconde hypothèse d'application cumulée de plusieurs systèmes nationaux de brevets, dont le brevet français (B).

A. — PREMIERE HYPOTHESE : APPLICATION DISSOCIEE DES SYSTEMES NATIONAUX DE BREVETS,

6. — L'instrument juridique principal de réservation des inventions industrielles demeure le système des brevets nationaux délivrés, contrôlés et sanctionnés par les autorités nationales. Le droit unioniste mis en place par la Convention de Paris (14) et le droit international privé des brevets (15) assurent la coordination des mécanismes déve-

(14) Convention d'Union de Paris signée à Paris le 20 mars 1883, et modifiée à Rome en 1886, à Madrid en 1891, à Bruxelles en 1900, à Washington en 1911, à La Haye en 1925, à Londres en 1934, à Lisbonne en 1958 et à Stockholm en 1967. Actuellement en cours de révision. Voir documents O.M.P.I. série PR/PIC.

(15) M. Vivant, *Juge et loi du brevet*, Coll. C.E.I.P.I., Litec 1977.

loppés sous le régime de la territorialité des droits. Dans le cadre européen, notamment, un effort d'harmonisation des « règles de jeu » s'est développé, ces dernières années. Bon nombre d'états, à raison, le plus souvent, de leur participation à d'amples constructions internationales, ont, en effet, largement modifié leurs lois des brevets ; ces réformes ont fortement atténué les spécificités nationales et rapproché les règles particulières sans, toutefois, jamais, les éliminer. Il en a été, tout particulièrement, ainsi qu'en Allemagne, en Angleterre et en Suisse (16).

Il en a été par deux fois aussi en France. Le 31 décembre 1968 s'est clos sur l'abandon d'un système simple disent les uns, fruste disent les autres, de brevets d'invention et 1979 connaîtra, donc, une seconde réforme profonde de la loi des brevets. Les transformations intervenues concernent aussi bien les conditions de fond mises à l'obtention du brevet français et ce que l'on appelle, communément, le régime de la brevetabilité (1°) que les conditions de forme et ce que l'on appelle, tout aussi communément, le régime des procédures (2°).

1) *La nouvelle brevetabilité*

7. — La réforme de 1968 s'est, essentiellement, préoccupée d'améliorer la valeur effective et apparente du brevet français, le premier moyen consistant à élever la qualité moyenne de l'invention couverte par lui.

Au soir de 1968, les conditions de brevetabilité s'identifient aux deux conditions de caractère industriel exprimant l'exigence d'un effet technique, d'un résultat industriel premier, et d'une nouveauté largement développée par les tribunaux à défaut, pour eux, de disposer d'un filtre supplémentaire d'accès au brevet. Les tribunaux ont, de bonne heure, admis un système de nouveauté absolue refusant toute distinction selon les modalités de révélation de l'invention antérieure au dépôt, et grâce à l'admission de la doctrine des équivalents (17), en ont déplacé l'application de la considération des moyens réunis à celle des fonctions qu'ils assument.

8. — Le système de 1968 n'a guère modifié l'exigence de caractère industriel (18) sinon en précisant, par exemple, la non brevetabilité des programmes d'ordinateur alors pratiquement admise (19). La réforme de 1968 a une portée beaucoup plus importante en ramenant l'appréciation de la nouveauté de la fonction des moyens rassemblés

(16) Loi allemande du 21 juin 1976 modifiant la loi du 2 janvier 1968. La Propriété Industrielle, avril 1977 ; Loi suisse du 17 décembre 1976 modifiant la loi du 25 juin 1954 ; Patent Act anglais 1977, La Propriété Industrielle, février, mars-avril 1978.

(17) J. Schmidt, *op. cit.*, n° 107 et s.

(18) Loi du 2 janvier 1968, art. 7.

(19) Colloque de Strasbourg, *La protection des résultats de la recherche face à l'évolution des sciences et des techniques*, Litec 1969.

par l'invention à celle de ces moyens eux-mêmes ; l'important arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 6 mars 1975, dans l'affaire Cosmao affirme, en effet :

« Pour apprécier la nouveauté du brevet au sens de la loi de 1968, il n'y a pas lieu de rechercher si le moyen décrit dans l'antériorité constituerait ou non l'équivalent de celui qu'enseigne le brevet ou si les deux dispositifs fourniraient ou non un résultat industriel identique » (20).

Cette modification par les tribunaux des conditions de nouveauté requise s'explique par l'introduction en droit positif français de l'exigence supplémentaire d'une activité inventive impliquée par l'invention brevetée (21). L'adjonction de cette condition constitue l'un des points forts de la réforme de 1968 et vise à élever sensiblement le seuil de brevetabilité. L'application jurisprudentielle qui en a été faite à travers une dizaine d'affaires n'apporte pas, sensiblement, au contenu de cette exigence (22). Nous pensons, toutefois, que la discrétion maintenue par les tribunaux à l'égard du système français d'activité inventive peut avoir un intérêt considérable dans la mesure où il maintient la disponibilité du droit positif français vis à vis du système d'activité inventive élaboré par et pour la Convention de Munich. Nous tenons, en effet, pour impensable que les conditions de couverture par un brevet français d'une invention industrielle diffèrent selon que la voie d'obtention sera la voie nationale ou la voie européenne. Il n'est donc pas possible que l'activité inventive exigée diffère selon que le brevet français aura été délivré par l'I.N.P.I. ou par l'Office Européen des Brevets. Il y a, dès lors, tout lieu de penser que notre droit positif interne doit recevoir le système d'activité inventive élaboré pour la délivrance des brevets européens et dont vingt pages des directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets dessinent les principaux contours (23).

(20) Paris 6 mars 1975, *Dossiers Brevets* 1975, III, n° 7.

(21) Loi du 2 janvier 1968, art. 9 ; v. Colloque C.E.I.P.I., *Les innovations de la loi du 2 janvier 1968 en matière de brevets d'invention*, Litec 1972, p. 59 et s.

(22) Aff. *Cosmao* : T.G.I. Paris 17 déc. 1973, J.C.P. 1974, 17485, A. Casalonga et Paris 6 mars 1975, *Dossiers Brevets* 1975, III, 7 ; Aff. *Croustade* : T.G.I. Paris 21 mars 1974, P.I.B.D. 1974, n° 126. III. 179 et Paris 9 nov. 1976, *Dossiers Brevets* 1977. III. 3 ; Aff. *Flashomatic* : T.G.I. Rennes 18 mars 1974, inédit et Rennes 18 fév. 1975 P.I.B.D. 1975, n° 145, III, 115 ; Aff. *Emaumetal* : T.G.I. Lyon 18 mars 1975, P.I.B.D. 1975 n° 153, III, 303 et Lyon 17 déc. 1975, D. 1976, somm. 15 ; Aff. *Altulor* : T.G.I. Paris 26 avril 1975, *Dossiers Brevets* 1975. IV. 2 ; Aff. *Laetitia* : T.G.I. Lyon 14 mai 1975, P.I.B.D. 1976 n° 163. III. p. 53 ; Aff. *Chlortoluron* : T.G.I. Paris 19 oct. 1976, *Dossiers Brevets* 1977, III, n° 4 ; Aff. *Ingels* : Lyon 17 déc. 1976, *Dossiers Brevets* 1977-V n° 2 ; Aff. *Abat-Jour en cire* : T.G.I. Marseille 25 janvier 1978. P.I.B.D. 1978 n° 211.III.121.

(23) O.E.B., Directives relatives à l'examen pratiqué à l'O.E.B., p. 85 à 105. Il y a lieu, dans le même esprit, de tenir compte des informations énoncées par les directives relatives à la recherche internationale et à l'examen préliminaire international élaborées dans le cadre du P.C.T. (documents P.C.T./INT/5 et P.C.T./INT/6, p. 28 et s.)

9. — La réforme du système français des brevets de 1978 ne devrait pas sensiblement modifier l'actuelle formule sinon sur deux points. La Convention de Munich répartit les exigences traditionnellement rassemblées en droit français au titre de la condition de caractère industriel sous les deux rubriques d'une condition d'invention, introduite en qualité d'exigence autonome d'une part, et d'une condition de caractère industriel maintenue, d'autre part. C'est, demain, au titre du défaut d'invention qu'il conviendra de rejeter la brevetabilité des découvertes, théories, créations esthétiques, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, programmes d'ordinateurs et présentations d'informations... Nous ne pensons pas que la zone d'exclusion sera effectivement modifiée ; seule, sa présentation sera perturbée, l'exigence de l'application industrielle étant satisfaite dès lors que l'objet de l'invention peut être fabriqué ou utilisé dans tous genres d'industrie y compris l'agriculture. La substitution de l'alternative « ou » à la conjonction « et » présente à l'actuel article 7 alinéa 1 de la loi du 2 janvier 1968 n'aura guère de conséquences dans la mesure même où l'exigence de caractère industriel succèdera à une exigence préalable d'invention.

Une deuxième modification, d'importance plus fondamentale peut être que pratique, tiendra à la solution du problème classique de la double brevetabilité, l'article 12 de la loi de 1968 résolvait cette question en ajoutant aux conditions positives de brevetabilité l'exigence d'un défaut d'appropriation préalable de l'invention (24) : pour être appropriée, l'invention industrielle devait être un bien sans maître ; dès lors qu'elle avait été maîtrisée par un premier demandeur, l'invention ne pouvait plus l'être une nouvelle fois. Pour des raisons proprement pratiques, la Convention de Munich a préféré la formule du « Whole content approach » à la formule du « Prior claiming approach ». Pour éviter toute distorsion entre règles internes et européennes de brevetabilité, le droit interne français s'est à cet égard heureusement aligné sur la règle européenne.

2) Les nouvelles procédures.

10. — S'agissant des conditions de forme, l'évolution du droit des brevets a connu deux importantes modifications tenant tant à la demande qu'à la délivrance du brevet.

11. — L'évolution de la demande toujours considérée comme opération créatrice du droit de brevet (25) a surtout concerné, en 1968, l'invention, et en 1978, l'inventeur.

(24) J.M. Mousseron, *French Law and the Problem of concurrent Patent Rights*, Annual of Property Law, Londres 1975, p. 139 ; Rapports à la 7^me Renc. Propr. Ind. sur Droits antérieurs et brevets d'invention : les demandes successives de brevet, Lyon 1978, et les demandes successives de brevet, *Dossiers Brevets* 1978.

(25) J.M. Mousseron, *Le droit du breveté d'invention*, Bibl. Dr. privé 1960, n° 153 et s.

12. — En 1968, l'opération de demande de brevet s'est essentiellement enrichie de l'introduction en droit positif français du système des revendications jusqu'ici pratiqué par plusieurs régimes étrangers de brevet. A la différence du système ancien où le droit du breveté couvrait tous les éléments brevetables figurant dans la description, la loi de 1968 décide que seuls se trouvent appropriés les éléments que le déposant aura désignés pour tels lors du dépôt (26). Afin d'éviter le retard à la demande qu'imposerait une attention immédiate très poussée exigée pour la rédaction des revendications, le législateur a permis leur modification de toutes façons et en tous temps dans les seules limites de la description initiale intangible durant toute la phase de délivrance du brevet. Cette innovation peut apparaître comme la réforme pratiquement la plus importante réalisée en 1968.

13. — Maintenant les solutions passées relatives à l'invention objet du droit, la réforme de 1978 établit pour la première fois une relation entre la règle de droit et l'inventeur. La principale innovation de la réforme de 1978 tient, en effet, à la reconnaissance d'un droit légal et dans l'aménagement d'un droit contractuel au brevet.

La conception traditionnelle de notre droit se caractérisait par l'absence de tout droit au brevet d'origine légale et, partant, de portée absolue. Nulle formule réservant le droit de brevet à l'inventeur ou à son ayant-cause ne trouvait place dans nos lois. L'action en revendication, reconnue par la loi de 1968, à l'issue d'une construction jurisprudentielle de grand intérêt, ne sanctionnait pas l'existence d'un quelconque droit au brevet du demandeur en justice mais la créance de réparation de la victime d'une usurpation d'informations techniques au mépris d'obligations le plus souvent contractuelles ; dans la majorité des cas, d'ailleurs, l'action permettait à une victime de triompher d'un inventeur qui avait méconnu ses obligations de non dépôt et, plus particulièrement, à un employeur de « récupérer » le brevet qu'un employé avait déposé sur une invention de service.

Sous l'influence de la Convention de Munich, la réforme de 1978 retient une solution moins novatrice qu'il ne paraît. Le lecteur de l'article 1 bis doit inverser ses alinéas 2 et 1. L'alinéa 2 réaffirme le principe du premier déposant et rappelle qu'indifférent à la chronologie des inventions, et à l'Erfinder Prinzip, notre droit reste fidèle à l'Anmelder Prinzip, que la langue française traduit par principe du premier déposant. L'alinéa 1 innove, en revanche, en accordant un droit à l'inventeur sur ce brevet premier déposé :

« Le droit au titre de propriété industrielle appartient à l'inventeur ou à son ayant cause ».

(26) J. Schmidt, op. cit., n° 272 et s. ; J. Boucourechliev, J.M. Mousseron et varii auctores, *Les Brevets d'invention : rédaction et interprétation*, P.U.F. 1973.

Un droit au brevet se trouve, donc, reconnu pour la première fois en droit français à l'auteur — point nécessairement le premier — d'une invention industrielle. La portée fondamentale de cette initiative est grande ; ses conséquences pratiques sont assez faibles si l'on en excepte ses rejaillissements sur le régime des inventions d'employés qui est formellement dissocié de pareil système (27).

14. — A la différence de bon nombre de législations nationales (28), le droit français ne comportait aucune réglementation du sort des inventions d'employés qui représentent 80 à 90% du nombre total des inventions brevetées. Le sort en était assuré par les règles communes aux inventions de contractants, étant admis que le contrat de travail établissait à l'égard des différentes personnes et des différentes inventions classées selon leur origine, les moyens utilisés et les domaines d'activité concernés, des obligations positives de communication et, surtout, négatives de non divulgation et non dépôt. La méconnaissance de cette dernière obligation était, tout particulièrement, sanctionnée par l'action en revendication accordée à son créancier. Demeurait à préciser le contenu de ces diverses obligations ; la mission en était assurée par les clauses de propriété industrielle des contrats individuels d'emploi ou, plus fréquemment, des conventions collectives et, très souvent à défaut, par la jurisprudence interprétant les contrats de travail de manière suffisamment homogène pour que l'on tienne sa construction pour une organisation prétorienne de la matière. Le schéma général visait par de pareils jeux d'obligations positives et négatives à attribuer aux employeurs, avec quelques rares formules d'intéressement, les brevets couvrant les inventions, baptisées « inventions de « service » ou « d'entreprises », faites par les personnels de recherche dans l'exécution de leurs fonctions, aux employeurs et employés grâce à un dépôt commun et avec mise en place d'un régime de copropriété, mal adapté à de telles circonstances, les inventions dites « mixtes » réalisées avec le « concours » de l'entreprise ou « intéressant son domaine d'activité », aux employés, seuls, enfin, les inventions dites « libres » ou « personnelles » ne rentrant pas dans les cadres ci-dessus.

La loi innove en traitant de la matière pour la première fois en France à l'article 1 ter. Prévue dès la réforme de 1968 où le volet relatif aux inventions d'employés avait été disjoint du volet relatif au droit matériel des brevets, pour faciliter l'adoption de celui-ci, la réglementation du sort des inventions d'employés a fait l'objet de plusieurs propositions parlementaires au cours des der-

(27) Sur l'ensemble de la question : J.M. Mousseron, *Les inventions d'employés*, Rev. tr. dr. com. 1965, p. 547.

(28) L'exemple allemand est particulièrement important. V. tout particulièrement D. Laugier, *Le droit allemand des inventions d'employés*, Th. Dr. Montpellier, 1975.

nières années (28 bis). La proposition de loi J. Foyer, pas plus que le texte voté par l'Assemblée Nationale, en novembre 1977, n'en traitaient et l'initiative de dispositions particulières à la matière revient au Sénat. Elles ont été maintenues et développées par l'Assemblée dans un sens favorable aux employés (29). Elle innove, également, par la mise en place d'un système minimal qui vise à réserver

(28 bis) V. notamment, les propositions déposées, au Sénat, en 1973, par M. Armengaud (n° 256) et à l'Assemblée nationale, en 1975, par M. Torre (n° 1774), M. Billotte (n° 1937), M. Palewski (n° 1938) in Dossiers Brevets 1976-I ainsi que le rapport et la nouvelle proposition de M. Darnis de 1976 (n° 2419) in Dossiers brevets 1976. III et V.

(29) L'article 1 ter se présente ainsi :

« Si l'inventeur est un salarié, le droit au titre de propriété industrielle, a défaut de stipulation contractuelle plus favorable au salarié, est défini selon les dispositions ci-après :

1. - Les inventions faites par le salarié dans l'exécution, soit d'un contrat de travail comportant une mission inventive qui correspond à ses fonctions effectives, soit d'études et de recherche qui lui sont explicitement confiées, appartiennent à l'employeur. Les conditions dans lesquelles le salarié, auteur d'une telle invention, peut bénéficier d'une rémunération supplémentaire sont déterminées par les conventions collectives, les accords d'entreprise et les contrats individuels de travail.

2. - Toutes les autres inventions appartiennent au salarié. Toutefois, lorsqu'une invention est faite par un salarié soit dans le cours de l'exécution de ses fonctions, soit dans le domaine des activités de l'entreprise, soit par la connaissance ou l'utilisation de techniques spécifiques à l'entreprise ou de données procurées par elle, l'employeur a le droit de se faire attribuer la propriété ou la jouissance de tout ou partie des droits attachés au brevet protégeant l'invention de son salarié. Le salarié doit en obtenir un juste prix, qui, à défaut d'accord entre les parties, est fixé par la commission de conciliation instituée par l'article 68 bis ou par le tribunal de grande instance ; ceux-ci prendront en considération tous éléments qui pourront leur être fournis notamment par l'employeur et par le salarié pour calculer le juste prix tant en fonction des apports initiaux de l'un et de l'autre que de l'utilité industrielle et commerciale de l'invention.

3. - Le salarié auteur d'une invention en informe son employeur qui en accuse réception selon des modalités et des délais fixés par décret.

Le salarié et l'employeur doivent se communiquer tous renseignements utiles sur l'invention en cause. Ils doivent s'abstenir de toute divulgation de nature à compromettre en tout ou en partie l'exercice des droits conférés par la présente loi.

Tout accord entre le salarié et son employeur ayant pour objet une invention de salarié doit, à peine de nullité, être constaté par écrit.

4. - Les modalités d'application du présent article seront fixées par décret en Conseil d'Etat.

5. - Les dispositions du présent article sont également applicables aux agents de l'Etat, des collectivités publiques, des établissements publics, ainsi que de toutes personnes morales de droit public selon des modalités qui seront fixées par décret en Conseil d'Etat. »

à l'employeur l'exploitation des inventions susceptibles d'intéresser son entreprise tout en associant, de différentes manières, l'employé aux profits et point au résultats de cette exploitation. L'articulation majeure entre inventions qui sont de service et qui ne le sont pas est maintenue. Le droit au brevet concernant celles-ci est reconnu à l'employé sous réserve d'une sorte de droit de préemption en propriété ou jouissance à titre onéreux reconnu à l'employeur. La formule a été heureusement préférée à celle de la copropriété ; son domaine d'application s'identifie pratiquement à celui des inventions mixtes. Une institution nouvelle dont le rôle et les modalités d'intervention seront fixés par décret assurera la mise en œuvre de la réforme dans les situations de conflits (30).

15. — Les deux réformes de 1968 et 1978 ont, également, modifié la procédure de délivrance en réalisant un heureux équilibre entre les besoins d'information ressentis par tous les participants au système des brevets et les difficultés d'une délivrance contrôlée des droits de propriété industrielle.

16. — Aux deux formules du simple enregistrement retenu par la loi de 1844 et de la délivrance contrôlée sanctionnant un examen préalable de brevetabilité pratiquée, sous des modalités diverses en Allemagne, Hollande, aux États-Unis..., notre Droit positif préférera, en 1968, la formule de l'avis documentaire fondée sur une division du travail entre l'administration chargée de la collecte, extrême-

(30) Dans la rédaction retenue, le 16 mars 1978, par l'Assemblée Nationale, l'article 68 bis se présente ainsi :

« Si l'une ou l'autre des parties le demande, toute contestation portant sur l'application de l'article 1^{er} ter de la présente loi devra être soumise à une commission paritaire de conciliation (employeurs, salariés), présidée par un magistrat de l'ordre judiciaire dont la voix sera prépondérante en cas de partage.

Dans les six mois de sa saisine, cette commission, créée auprès de l'Institut national de la propriété industrielle, formule une proposition de conciliation ; celle-ci vaut accord entre les parties si, dans le mois de sa notification, l'une d'elles n'a pas saisi le tribunal de grande instance compétent statuant en chambre de conseil. Cet accord peut être rendu exécutoire par ordonnance du président du tribunal de grande instance saisi sur simple requête, par la partie la plus diligente.

Les parties pourront se présenter elles-même devant la commission et se faire assister ou représenter par une personne de leur choix.

La commission pourra se faire assister d'experts qu'elle désignera pour chaque affaire.

Les modalités d'application du présent article, qui pourront comporter des dispositions particulières pour les agents visés au dernier alinéa de l'article 1^{er} ter de la présente loi, seront fixées par décret en Conseil d'Etat, publié avant le 1^{er} janvier 1979, après consultation des organisations professionnelles et syndicales intéressées. »

ment lourde, des éventuelles antériorités et les particuliers, voire les autorités judiciaires chargées de l'appréciation, ordinairement longue et délicate, de ces antériorités.

Cette procédure d'avis documentaire a été introduite en droit français en 1955 (31) mais ne fut pas mise en œuvre à raison du défaut de texte d'application ; elle fut ensuite expérimentée à compter de 1959 pour les seuls brevets spéciaux de médicaments (32). Au cours de la procédure d'avis documentaire, l'administration établit une liste des documents susceptibles d'affecter la nouveauté ou l'activité inventive de l'invention considérée, admettant, sur ce point, les observations du déposant, voire des tiers. Pareille procédure ne lie ni l'administration qui est tenue de délivrer le brevet ni le juge qui conserve son entière liberté d'appréciation de toutes et des seules antériorités que le demandeur en annulation du brevet lui demande d'apprécier (33). Cette formule accroît la valeur économique du brevet français dans la mesure où elle facilite à tous une opinion sur la validité d'un monopole. Elle a pour conséquence un certain prolongement des délais de délivrance des brevets, mais, dans la mesure où un premier projet d'avis documentaire est délivré dans les huit à dix mois de la demande, elle permet au déposant français d'obtenir des informations précieuses avant sa décision d'extension éventuelle de la réservation à des territoires étrangers.

17. — La réforme de 1978 comporte une simplification de la procédure d'avis documentaire, un « rapport de recherche », que les professionnels français souhaitent voir reconnaître comme « rapport international » au regard des règles européennes et P.C.T., étant substitué aux premier et deuxième projets d'avis documentaire. Elle comporte également, un léger élargissement des facultés de rejet reconnues à l'administration. Après des discussions souvent suscitées par des appréhensions bien pessimistes, l'innovation la plus remarquable (art. 16-6 bis) prévoit :

« Est rejetée toute demande de brevet qui n'a pas été modifiée, après mise en demeure, alors que l'absence de nouveauté résultait manifestement du rapport de recherche ».

Le texte suivant (art. 16-6 ter) autorisant l'I.N.P.I. à rejeter la demande dont les revendications ne se fondent pas sur la description nous paraît élargir beaucoup plus sensiblement que le précédent les pouvoirs de l'administration. Ces textes visent à sanctionner l'obligation désormais faite aux déposants par l'article 19-1° de tenir compte des enseignements du rapport de recherche pour la mise au point de leurs revendications. La relation entre le contenu des re-

(31) D. 20 mai 1955 ; v. J.M. Mousseron, Th. cit., n° 94.

(32) D. 4 févr. 1959 instituant les brevets spéciaux de médicaments (B.S.M.).

(33) J. Schmidt, op. cit. n° 199 et s.

vendications et l'avis documentaire se trouve, par suite, soulignée. Il est à craindre cependant que les examens appelés par ces pouvoirs accrus n'allongent, de manière regrettable, les délais de délivrance.

B. — DEUXIEME HYPOTHESE : APPLICATION CUMULEE DES SYSTEMES NATIONAUX DE BREVETS

18. — La décennie écoulée a été marquée par la conclusion de deux grandes conventions internationales visant à réaliser une unification, partielle dans le premier cas, totale dans le second, des procédures d'obtention de brevets d'invention couvrant différents territoires nationaux dont le territoire français. La décennie qui s'ouvre sera, sans nul doute, marquée par les conséquences de leur entrée en application le 1^{er} juin 1978. La première formule — P.C.T. — à vocation territoriale universelle, réalise une uniformisation partielle des systèmes d'obtention de brevets (1^o). La deuxième formule — Convention de Munich, de portée territoriale plus restreinte, parvient à une intégration totale de ces systèmes (2^o).

1. — *Une formule d'intégration partielle des procédures d'obtention de brevets nationaux : le P.C.T.*

19. — Le 29 septembre 1966, le Comité exécutif de l'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle (U.I.P.P.I.) recommanda aux autorités de l'Union d'entreprendre d'urgence l'étude des solutions tendant à réduire les doubles emplois dans les tâches incombant tant aux déposants qu'aux offices nationaux de brevets. Conformément à cette recommandation, des consultations furent engagées auprès de l'Institut International des Brevets et des six Etats qui accueillent le plus grand nombre de demandes : République Fédérale d'Allemagne, Etats-Unis d'Amérique, France, Japon, Royaume Uni et Union Soviétique. Sur la base de ces consultations, trois projets de traité virent le jour les 31 juillet 1967, 15 juillet 1968 et 11 juillet 1969. Ce dernier projet et son règlement d'exécution, modifiés une dernière fois en mars 1970, furent présentés à la conférence diplomatique réunie à Washington du 25 mai au 19 juin 1970. Celle-ci adopta, le 19 juin 1970, le texte d'un traité de coopération en matière de brevets ou P.C.T., qui, à raison de sa ratification par les Etats-Unis, la France, la République Fédérale d'Allemagne, le Royaume Uni et la Suisse, est entré en vigueur le 24 janvier 1978 (34). Ce traité a été également ratifié par le Brésil, la Russie, la Suède, ainsi que de nombreux pays en développement. Il

(34) Pour la présentation du P.C.T., outre les documents émanant de l'O.M. P.I. et, notamment, le Guide du déposant et ses annexes (Genève, mars 1978), v. Dossiers Brevets 1977-VI : Aujourd'hui, 24 janvier 1978, le P.C.T.

comporte deux chapitres : le premier institue deux procédures de demande et de recherche internationale suivie d'une publication internationale ; le second institue une procédure dite d'examen préliminaire international. L'application du chapitre II peut être évitée par les Etats par le jeu d'une réserve. Ont fait usage de cette réserve les Etats-Unis, la France et la Suisse (35). L'apport du P.C.T. s'organise ainsi autour des deux pôles que sont la demande internationale et l'étude internationale.

20. — Le premier apport du traité consiste dans l'organisation d'une demande internationale (36) unique permettant à un déposant de requérir par une seule formalité administrative l'obtention de brevets sur des territoires nationaux distincts.

L'accès au système P.C.T. et le droit de déposer une demande nationale appartiennent à toute personne domiciliée dans un Etat contractant et aux nationaux de celui-ci, ainsi qu'aux personnes domiciliées dans un Etat non contractant, si celui-ci appartient à l'Union de Paris, sous réserve d'un accord de l'assemblée du P.C.T. Le droit au brevet est régi par la législation nationale de chaque Etat désigné dans la demande internationale.

Le contenu du dossier de dépôt ne présente guère d'originalité et comporte une requête désignant le ou les Etats pour lesquels le droit de brevet est requis, une description, une ou plusieurs revendications satisfaisant aux règles désormais classiques du support suffisant par la description et d'unité d'invention, un ou plusieurs dessins « lorsqu'ils sont nécessaires à l'intelligence de l'invention », et, enfin, un abrégé dont la forme définitive appartiendra à l'administration chargée de la recherche internationale en raison de son rôle exclusivement informatif et de sa non-participation à la délimitation de l'objet du brevet. La demande s'accompagnera du règlement de taxes : taxe de transmission perçue au profit de l'office récepteur, taxe de recherche destinée à l'administration chargée de la recherche internationale et « taxe internationale » comprenant une taxe de base et une taxe de désignation pour chaque Etat désigné ou groupe d'Etats liés par un traité de brevet régional, comme le brevet européen.

En vertu de l'article 10 du Traité, la demande doit être déposée auprès de l'office récepteur de l'Etat contractant où le demandeur a son domicile ou dont il est le national ou auprès de l'office récepteur agissant pour cet Etat ; dans la plupart des cas, l'office récepteur sera l'office national de l'Etat concerné, l'I.N.P.I. pour les déposants domiciliés en France, par exemple. Cet office récepteur désigne la

(35) La France envisage de ratifier le Chapitre II du P.C.T. et d'introduire à son profit l'examen international lorsque l'Office Européen des Brevets sera en mesure de procéder à l'examen des demandes de brevets pour tous les secteurs de la technique.

(36) Cf. Guide à l'usage des offices récepteurs, Doc. O.M.P.I. P.C.T./I.N.T./4

ou les langues dans laquelle la demande déposée selon les modalités fixées avec précision par l'organisation internationale doit être rédigée.

La demande internationale aura pour date le jour où la demande aura été déposée en tant que demande internationale, dans le respect des conditions minimales exigées par l'article 11 du traité.

L'office récepteur assure une vérification rapide de la conformité de la demande aux règles essentielles, lui accorde une date de dépôt et transmet le dossier au bureau international.

21. — La demande internationale va, selon le taux de ratification assuré par les Etats désignés, faire l'objet d'une étude internationale : recherche internationale, puis, éventuellement, examen international.

22. — En application du chapitre I du P.C.T., la demande internationale va faire l'objet d'une recherche internationale effectuée par une « administration chargée de la recherche internationale » qui peut être soit un office national, soit un office régional, telle la division de recherche de l'office européen des brevets. Cette phase a pour objet l'établissement d'un « rapport de recherche internationale » qui indiquera les antériorités susceptibles d'affecter la nouveauté et l'activité inventive des inventions concernées (37).

A l'issue de l'établissement du rapport de recherche, le déposant a, en vertu de l'article 19, le droit de modifier ses revendications auprès du bureau international, une fois et dans un délai de deux mois à compter de la date de transmission du rapport de recherche (règle 46-1).

Au terme de ces opérations, intervient la « publication internationale de la demande » ainsi que des revendications initiales et modifiées et du rapport de recherche internationale. La demande internationale est, d'autre part, communiquée aux offices nationaux des Etats désignés dans la demande.

Ces formalités doivent, en principe, être exécutées dans un délai de 20 mois à compter de la première demande, de la demande originale, donc, si la demande internationale a été effectuée sous couvert de priorité unioniste.

23. — Le chapitre II du P.C.T. prévoit un « examen préliminaire international » (38). Cet examen est applicable aux seules demandes internationales concernant des Etats n'ayant pas expressément renoncé au moment de la ratification, au chapitre II, comme l'a fait la

(37) Cf. Directives relatives à la recherche internationale, Doc. O.M.P.I. P.C.T./I.N.T./5.

(38) Cf. Directives relatives à l'examen préliminaire international, Doc. O.M.P.I. P.C.T./I.N.T./6.

France. La demande d'examen ne peut être déposée que par les nationaux ou des personnes domiciliées dans les Etats contractants n'ayant pas fait usage de cette réserve. Si ces conditions sont réunies, le P.C.T. prévoit un examen de l'invention au regard des trois critères de nouveauté, activité inventive et application industrielle. Les documents établis par l'organisation internationale qu'il s'agisse du rapport de recherche ou qu'il s'agisse du rapport d'examen préliminaire définitif sont communiqués aux offices nationaux.

24. — Durant l'intervention des organismes internationaux, les procédures nationales ont été suspendues ; elles reprennent à l'expiration d'un délai de 20 mois ou de 25 mois en cas d'examen et les offices des Etats désignés ont toute liberté pour assurer selon leurs législations propres la délivrance des brevets ; l'examen préliminaire international, en particulier, ne les lie pas.

Quel que soit, par conséquent, le degré de recours au système P.C.T., l'intégration des procédures cesse avant la délivrance des brevets nationaux qui demeure, toujours, de la compétence des Etats, à la différence de la solution retenue par la Convention de Munich organisant la délivrance du brevet européen.

2. — *Une formule d'intégration totale des systèmes d'obtention de brevets nationaux : le brevet européen*

25. — Ayant échoué au début des années 1960 dans la construction d'un système communautaire de brevets d'invention (39), les Etats d'Europe relancèrent la construction européenne de brevets en élaborant deux projets de traités. Le premier, visant la délivrance unifiée d'un portefeuille de brevets nationaux, tend à lier tous les Etats d'Europe occidentale ; le second, prévu pour les neuf Etats du Marché Commun, vise à faire déboucher cette délivrance européenne sur un brevet couvrant de manière unitaire et autonome le territoire des Etats membres de la Communauté Economique Européenne. Nous retrouverons plus loin le développement du second projet. Notre attention se porte uniquement sur le premier qui a débouché, le 5 octobre 1973, sur la Convention de Munich signée par les neuf Etats du Marché Commun, auxquels se sont joints, sans réserve, l'Autriche, le Liechtenstein, Monaco, la Norvège, la Suède et la Suisse et, avec réserve, la Grèce. La ratification de ce traité par la République Fédérale d'Allemagne, les Pays-Bas, le Royaume Uni, la Suisse, la France, le Luxembourg ont réalisé la condition

(39) V. notamment, E. Reimer, *Europaisierung des Patentrechts*, Munich, 1955 et J.P. Lepetre, *Le brevet européen et les problèmes de l'unification des législations nationales en matière de propriété industrielle*, Th. Dr. Paris, 1971.

prévue pour son entrée en vigueur par l'article 169 du texte (40). Aussi, le traité est-il entré en vigueur, le 7 octobre 1977, et l'Office européen des brevets a-t-il ouvert ses portes, le 1^{er} juin 1978. Concurremment aux formules nationales de délivrance qui sont maintenues et pourront même être cumulées avec une demande de brevet européen, le système de Munich prévoit la délivrance unitaire de brevets nationaux couvrant les territoires des Etats désignés lors de la demande grâce à un système unitaire de conditions de fond et de forme mises à l'obtention des brevets d'invention.

26. — Le système du brevet européen se développe à partir d'une définition unique de l'invention brevetable qui représente un progrès considérable puisqu'il assure l'identité des définitions de l'invention protégeable pour tous les systèmes nationaux de brevets liés à la construction européenne. Ce système de brevetabilité correspond essentiellement à celui qu'avait retenu, le 27 novembre 1963, à Strasbourg, la Convention sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention. Les articles 52 à 57 désignent les inventions brevetables définies au départ comme « les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle ». Seules se trouvent écartées de la brevetabilité les inventions « dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs » et « les variétés végétales ou les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, cette disposition ne s'appliquant pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés » (art. 53).

Les autres règles de brevetabilité ne surprendront pas les juristes français dans la mesure où les réformes réalisées en 1968 et 1978 ont déjà introduit dans notre droit positif les règles de brevetabilité retenues à Munich. Les praticiens s'intéressent aux précisions données à ces textes par des dispositions d'importance théorique mineure mais pratique considérable constituées par les directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets. L'uniformisation des conditions de fond sera, en effet, renforcée à raison de leur mise en œuvre largement assurée par un organisme unique, l'office européen des brevets constitué à raison de l'unification des procédures d'obtention de brevets.

27. — Le système du brevet européen se prolonge par une procédure unique de demande et délivrance des brevets pour les Etats désignés. La Convention de Munich établit, tout d'abord, un système

(40) Convention de Munich, article 169 : « La présente convention entre en vigueur trois mois après le dépôt du dernier des instruments de ratification ou d'adhésion de six états sur le territoire desquels le nombre total des demandes déposées en 1970 s'est élevé à 180.000 au moins pour l'ensemble desdits états ». La Belgique et la Suisse ont, également, ratifié la convention.

unitaire de demandes de brevets nationaux. Il suffira à un déposant d'effectuer un seul dépôt signalant les états désignés pour qu'il ait vocation à obtenir autant de brevets nationaux qu'il y aura d'états désignés lors du dépôt. Un régime unitaire et, pour cela, largement autonome de demande européenne a été mis en place sous la forme de réponses données aux principales questions qui peuvent se poser à propos d'une demande de brevet d'invention.

28. — Les premières conditions répondent à la question de savoir qui peut valablement effectuer pareille demande. Il s'agit de désigner la personne au niveau de laquelle s'apprécieront les conditions du dépôt mais aussi et surtout s'en produiront les résultats. L'échec des constructions européennes intervenu en 1962 s'expliquait, notamment, par le différend sur le problème dit de l'accessibilité (41). Certains états, dont la France, souhaitaient que l'accès au brevet européen soit réservé aux ressortissants des états signataires de la convention européenne alors que d'autres souhaitaient en ouvrir très largement l'accès. Cette dernière solution a prévalu dans le texte de Munich dont nulle disposition ne limite l'accès ; quelle que soit sa nationalité, toute personne pourra valablement opérer une demande de brevet européen.

L'un des points aigüés de discussions du texte européen concernait la position de l'inventeur par rapport à ce droit et la reconnaissance à son profit d'un véritable droit au brevet. Les tenants de la tradition anglo-scandinave voient traditionnellement dans le brevet le développement d'un droit latent de l'inventeur lié au fait juridique de l'invention (*Erfinderprinzip*) alors que les droits continentaux, en France et en Allemagne notamment, retiennent la thèse du premier déposant (*Anmelderprinzip*) et considèrent la demande comme un acte nettement constitutif de droit réel sur l'invention. Une solution transactionnelle fut retenue par l'article 60 dont le paragraphe 2 applique le principe du premier déposant :

« Si plusieurs personnes ont réalisé l'invention indépendamment l'une de l'autre, le droit au brevet européen appartient à celle qui a déposé la demande de brevet dont la date de dépôt est la plus ancienne ».

Au niveau de cette demande première déposée, le paragraphe 1 prévoit :

« Le droit au brevet européen appartient à l'inventeur ou à son ayant cause »,

étant, toutefois, immédiatement précisé que, dans l'hypothèse où l'invention brevetée est une invention d'employé, le droit au brevet européen est, alors, défini selon le droit national de l'Etat sur le

(41) A. Chavanne, *Le problème de l'accessibilité dans l'avant-projet de convention relatif à un droit européen des brevets*, Rev. tr. dr. comm. 1963, p. 505.

territoire duquel l'employé exerce son activité principale et, plus généralement, la loi nationale applicable au contrat de travail. Ces dispositions paraissent à première observation donner satisfaction aux partisans de l'Ertinderprinzip ; en réalité, au plan pratique, elles ne perturberont guère les habitudes des déposants français, leur seule originalité au plan fondamental, consistant dans la reconnaissance à l'auteur de l'invention premièrement déposée d'un droit au brevet parfaitement susceptible de transactions contractuelles.

29. — Les articles 75 et 77 de la Convention envisagent le problème du lieu de dépôt de la demande de brevet européen. Un dépôt indirect par l'entremise d'un office national récepteur est autorisé par l'article 75 ; il sera de droit lorsque la législation nationale d'application le prévoiera ; ainsi en est-il de la loi française d'application du 30 juin 1977 dont l'article 6 alinéa 1 prévoit que le dépôt d'une demande de brevet européen émanant d'une personne domiciliée ou ayant son siège sur le territoire français doit être effectué auprès des bureaux parisiens ou régionaux de l'I.N.P.I. La convention prévoit, pareillement le dépôt direct soit au siège de l'office européen des brevets à Munich soit à son département de la recherche, à La Haye.

30. — L'article 78 § 1 indique les différentes pièces constituant le dossier dont la remise à l'administration constituera l'opération juridique de demande. On y retrouve les pièces classiques que sont désormais la requête, la description de l'invention, une ou plusieurs revendications et un abrégé de la demande. L'uniformisation progressive à travers les pratiques nationales et internationales de dépôt fera que le déposant ne sera guère surpris par les exigences posées au titre de la convention de Munich. La description devra, comme il est aujourd'hui exigé par tous les textes nationaux en matière de brevets, être suffisante pour permettre la reproduction de l'invention par un homme de métier ; la condition est ainsi posée par l'article 83 et sanctionnée tant par la procédure de rejet (article 97) que la procédure d'annulation (art. 138). Les revendications vont jouer leur rôle classique et les professionnels s'interrogent sur l'influence respective sur leur rédaction des pratiques anglaises et allemandes.

31. — Un régime unitaire et, pour ce faire, autonome couvre la procédure de délivrance du brevet européen. Elle comporte plusieurs étapes assurées par des instances distinctes de l'Office européen des brevets en principe implanté à Munich.

32. — En cas de dépôt indirect, la phase européenne de la procédure sera ouverte par la transmission à l'Office européen des brevets de la demande de brevet européen effectuée par le service central de la propriété industrielle de l'Etat contractant qui l'a regue ; cette transmission doit être faite dans le plus court délai compatible avec la

législation nationale relative à la mise au secret des demandes de brevet, soit 6 semaines à partir de la date de dépôt pour les demandes dont l'objet n'est manifestement pas susceptible d'être mis au secret, et au cas inverse, 4 mois à compter de la date du dépôt ou 14 à compter de la date du dépôt originaire dont priorité est revendiquée. La transmission est effectuée à la section de dépôt dont désormais relève le dossier de demande.

Cette section de dépôt va, alors, assurer le contrôle de recevabilité (art. 90, § 1 a) et de régularité (art. 91) de la demande ; elle veillera, également, à ce que la publication de la demande n'affecte pas l'ordre public et les bonnes mœurs (règle 34), puis transmettra le dossier à la section de la recherche.

33. — Intervient, alors, la phase de recherche documentaire. Les divisions de la recherche ont pris à La Haye, la suite de l'Institut International des Brevets. Elles ont pour fonction de préparer un rapport de recherche européen faisant apparaître les éléments de l'état de la technique au regard desquels seront appréciées la nouveauté et l'activité inventive de l'invention déposée. La règle 44 § 1 dispose en ce sens :

« Le rapport de recherche européen cite les documents dont dispose l'O.E.B. à la date de l'établissement du rapport qui doivent être pris en considération pour apprécier la nouveauté de l'invention objet de la demande de brevet européen et l'activité inventive. Le rapport de recherche indique brièvement l'origine, le contenu et la date des antériorités éventuelles retenues ».

34. — La plupart des Etats européens ont, actuellement, introduit dans leur législation nationale le système de la publication automatique des demandes de brevet à 18 mois. Tel est, par exemple, l'objet de l'article 17 de la loi française de 1968, maintenu par la réforme de 1978. Pareille publication est ici régie par l'article 93 de la Convention de Munich :

« Toute demande de brevet européen est publiée dès que possible après l'expiration d'un délai de 18 mois à compter de la date de dépôt ou, si une priorité a été revendiquée, à compter de la date de cette priorité ; elle peut être publiée avant le terme de ce délai, sur requête du demandeur. »

Le texte poursuit par l'indication des informations qui feront l'objet de cette publication :

« Cette publication comporte la description, les revendications et, le cas échéant, les dessins, tels que ces documents ont été déposés, ainsi que, en annexe, le rapport de recherche européen et l'abrégé, pour autant que ces derniers documents soient disponibles avant la fin des préparatifs techniques entrepris avant la publication ».

Cette dernière condition sera rarement remplie et, il y aura alors, lieu à publications séparées.

35.— Dans les six mois de la publication du rapport de recherche européenne, le déposant a la faculté de déposer auprès de l'Office européen des brevets une requête en examen. Lorsque pareille requête n'est pas formulée dans ces délais, la demande de brevet européen est réputée retirée ; les législations nationales ont alors la faculté de prévoir la conversion automatique de la demande de brevet européen en demande nationale de brevet ; cette faculté n'a pas été retenue par la loi française d'application. L'examen de la demande de brevet va se développer selon les techniques propres à la délivrance contrôlée des demandes, l'examineur appréciant les informations portées sur le rapport de recherche européenne, voire ses compléments mais ne pouvant pas adjoindre lui-même des informations supplémentaires. Au cours de cette procédure, différents échanges vont avoir lieu avec le déposant ; il aura la faculté de retirer sa demande et, surtout, de modifier ses revendications, voire la description. A son terme, la division d'examen rejette la demande de brevet européen si elle estime que cette demande ou l'invention qui en fait l'objet ne satisfont pas aux conditions prévues par la Convention (art. 97 § 1). Au cas inverse :

« Lorsque la division d'examen estime que la demande de brevet européen et l'invention qui en fait l'objet satisfont aux conditions prévues par la présente convention, elle décide de délivrer le brevet européen pour les états désignés... » (art. 97 § 2).

36. — La délivrance du brevet ne clot pas, absolument, la procédure de délivrance puisque la Convention de Munich a retenu une procédure d'opposition ouverte aux tiers :

« Dans un délai de neuf mois à compter de la date de la mention de la délivrance de brevet européen, toute personne peut faire opposition au brevet européen délivré auprès de l'O.E.B. (art. 19) ».

Les ouvertures de cette procédure sont le défaut de brevetabilité, l'insuffisance de la description, l'extension des revendications au-delà de la description initiale. Si la division d'opposition estime que l'opposition est fondée, elle révoquera le brevet ; au cas contraire, elle rejettera l'opposition (art. 102) et le brevet sera maintenu après, éventuellement, modification. Une telle procédure existe dans certains pays pratiquant la délivrance contrôlée des brevets, en Allemagne, et en Hollande en particulier, où elle est considérée comme utile complément à la procédure d'examen (42).

37. — A l'expiration de ce délai ou d'une procédure d'opposition conclue par un rejet, la délivrance est définitive et la validité du

(42) F. Panel, th. cit., n° 416, p. 195 : « statistiquement sur 100 demandes déposées dans un système à examen avec opposition de type allemand, environ 15 sont retirées après recherche de nouveauté ; sur les 85 restantes, 40 environ sont prêtes à être délivrées par l'Office d'examen et sur ces 40, 5 ou 6 environ sont éliminées par suite d'opposition reconnue fondée.

brevet ne pourra désormais être contestée que par des procédures d'annulation menées devant les juridictions nationales des états désignés et distinctement pour chaque brevet national, par conséquent. L'article 2 dispose en effet :

« Dans chacun des Etats contractants pour lesquels il est délivré, le brevet européen a les mêmes effets et est soumis au même régime qu'un brevet national délivré dans cet état, pour autant que la présente convention n'en dispose pas autrement ».

II. — QUE SONT DEVENUS, EN DIX ANS, LES EFFETS DE L'APPLICATION DU SYSTEME DES BREVETS ?

38. — La sollicitation du droit par les titulaires de connaissances techniques exprime une double préoccupation de réservation et de commercialisation de ces informations. Contrairement aux apparences, il n'y a point antagonisme entre ces deux soucis dans la mesure où la réservation est souvent recherchée afin, précisément, de subordonner à la prestation d'une contrepartie la libération de l'accès aux informations préalablement réservées. Dans la mesure, donc, où le système des brevets apparaît comme une technique destinée à assurer la réservation (A) et à permettre la commercialisation (B) d'informations techniques, nous pouvons nous interroger sur ce que sont devenus ces deux effets au cours de la décennie écoulée.

A. — LA RESERVATION DES INVENTIONS BREVETÉES

39. — Si le régime de droit commun assure la réservation des informations par le jeu proprement matériel du secret entretenu autour de certaines connaissances, l'apport de l'intervention juridique étant proprement accessoire et venant, simplement, sanctionner certains comportements malicieux, voire, plus exceptionnellement, les prévenir par le jeu des clauses de confidentialité, le système d'exception des brevets d'invention vise à obtenir le même effet par la constitution sur ces informations d'un véritable droit réel. Aux droits réels à assiette territoriale nationale (1°) s'ajoutera prochainement un nouvel instrument à assiette territoriale « transnationale », le brevet communautaire (2°).

1) *Réservation par les instruments classiques : les brevets nationaux*

40. — Seuls, existent, aujourd'hui encore, des brevets couvrant, chacun, un territoire national. Le marché français, par exemple, ne peut être aujourd'hui, concerné que par des brevets français d'origine nationale ou européenne.

Il faut, donc, en premier, s'interroger sur l'évolution du droit de brevet français tel que défini par la seule législation française à l'issue, notamment, des réformes de 1968 et 1978 dont les effets concernent tant le contenu que la sanction du droit.

41. — Le contenu du droit français de brevet tel qu'exclusivement défini par la loi du 2 janvier 1968 révisée en 1978 s'identifie à un droit réel, que nous tenons pour une forme de propriété incorporelle (43). Les spécificités de son objet et de son histoire expliquent les différentes limitations que le Droit lui apporte.

Le droit de brevet conserve ses deux limitations traditionnelles, dans l'espace en raison du principe déjà rencontré de la territorialité des droits de propriété industrielle et dans le temps à raison du maintien de son caractère provisoire ; tout au plus peut-on noter qu'un plus grand nombre de brevets atteindra la durée maximale de 20 ans à raison, d'une part, du niveau plus élevé des inventions aujourd'hui brevetables et, d'autre part, de la durée plus longue des tâches de développement qu'appelle la mise en œuvre d'une technique industrielle.

L'évolution la plus importante accomplie durant ces dernières années tient à la limitation des prérogatives du breveté par l'admission en droit français de la doctrine de l'épuisement du droit (44). Apparue en Allemagne, propagée en Hollande et dans quelques pays européens voisins, la doctrine de l'épuisement du droit, considérée du point de vue d'un droit interne des brevets (45), signifie que les prérogatives du breveté s'épuisent par la première commercialisation licite de l'objet incorporant l'invention. Nulle disposition de texte, nulle décision de justice, nulle orientation doctrinale ne permettaient jusqu'à ces dernières années d'affirmer que cette thèse était reçue en droit français (46). Il en va autrement depuis la signature par la France de la Convention de Luxembourg dont l'article 81, qui ne concerne en aucune manière le brevet communautaire mais organise l'épuisement des droits conférés par les brevets nationaux, est ainsi rédigé :

« Les droits conférés par un brevet national dans un état contractant ne s'étendent pas aux actes concernant le produit couvert par ce brevet accomplis sur le territoire de cet état après que le produit a été mis dans le commerce dans l'un des états contractants par le titulaire du brevet ou avec son consentement exprès à moins qu'il existe des motifs qui justifieraient selon les règles du droit de la Communauté que les droits conférés par le brevet s'étendent à de tels actes ».

(43) J. M. Mousseron, op. cit., p. 272, n° 247.

(44) 1^{re} Renc. Prop. Ind. Nice 1970 : *L'épuisement du droit du breveté*, Coll. C.E.I.P.I., Litec 1971.

(45) La même expression a été retenue pour désigner l'interdiction faite au nom du principe de la libre circulation des marchandises posé par le Traité de Rome, aux titulaires de brevets parallèles d'invoquer l'un de leurs titres nationaux pour interdire l'importation des marchandises fabriquées par leurs ayants cause sur d'autres territoires de la Communauté.

(46) J. M. Mousseron, 1^{re} Renc. Prop. Ind. citée, rapport français, p. 67.

La solution est reprise dans des termes très voisins par la réforme interne de 1978 et le nouvel article 30 bis dispose :

« Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas aux actes concernant le produit couvert par ce brevet accomplis sur le territoire français après que ce produit a été mis dans le commerce en France par le propriétaire du brevet ou avec son consentement exprès ».

42. — La sanction du droit de brevet a été sensiblement modifiée.

La loi de 1844 admettait que l'acte de contrefaçon relevait d'un traitement pénal et y voyait, parfois, un délit non intentionnel, dans l'hypothèse, large, de fabrication selon l'enseignement d'un brevet, par exemple. La loi de 1968 maintint le traitement pénal mais le réserva à l'hypothèse de l'acte de contrefaçon accompli « sciemment ». La règle tombait presque en désuétude (47). La réforme de 1978 décide, heureusement, la dépénalisation de la contrefaçon en supprimant, purement et simplement, les règles matérielles posées en 1968 par l'article 52. Cette réforme dispense notre droit positif d'une fort complexe répartition des charges entre le juge civil et le juge pénal dont le Président Foyer a observé qu'elle relevait de l'« art baroque » (48). L'acte de contrefaçon relève désormais du seul traitement civil.

43. — La définition de l'acte de contrefaçon subit des variations. Son élément matériel s'est, tout d'abord, élargi dans la mesure où la loi de 1968 adopta le principe de la généralité des actes de contrefaçon et le substitua à la règle de spécialité retenue par le texte de 1844 (49). Le retour à ce principe prévu par le texte de 1978 (50) s'explique par l'influence de la Convention de Luxembourg dont il reprend les termes (51) mais ne devrait guère avoir de conséquences pratiques, la

(47) Depuis la loi du 2 janvier 1968 et l'entrée en vigueur de cette réforme du droit des brevets, seule, à notre connaissance, l'affaire *Plastimo* a eu des développements pénaux : Tr. Corr. Lorient 23 janv. 1973, P.I.B.D. 1973, n° 101-III 100. M. Foyer remarquait dans sa proposition de loi : « Le nombre des causes de contrefaçon portées devant la juridiction répressive doit être de l'ordre d'un pour mille. »

(48) J. Foyer, *ibidem*.

(49) L'article 51 de la loi du 2 janvier 1968 voyait un acte de contrefaçon dans « toute atteinte portée aux droits du propriétaire du brevet, tels qu'ils sont définis aux articles 29 à 31 », alors que le premier texte énumérait de façon non limitative les actes interdits aux tiers et, par conséquent, réservés au breveté. V. C. Le Stanc, *L'acte de contrefaçon de brevet d'invention*, Coll. C.E.I.P.I., Litec 1977, p. 67, n° 56.

(50) L'article 51 nouveau maintient la définition large de l'acte de contrefaçon mais les articles 29 et 29 bis nouveaux énumèrent de façon limitative les actes interdits aux tiers et, par conséquent, réservés au breveté. V. C. Le Stanc, *ibidem*, p. 290, n° 364.

(51) Convention de Luxembourg, articles 29 et 30. V. G. Fayet, *L'acte de contrefaçon de brevet communautaire*, Th. Dr. Montpellier 1978.

fourniture de moyens en vue de la mise en œuvre de l'invention brevetée étant expressément visée par les textes les plus récents. A l'inverse, une restriction des actes sanctionnés résulte du plus grand rôle reconnu à l'élément moral de l'acte de contrefaçon pour ce qui est de son traitement civil (52). En 1844 tous les actes d'exploitation de l'invention brevetée pouvaient constituer des actes de contrefaçon, qu'ils soient accomplis de bonne ou de mauvaise foi. L'article 51 alinéa 2 du texte de 1968, repris sur ce point par le texte de 1978, exige la connaissance de cause pour que soient tenus pour actes de contrefaçon la plupart des actes secondaires d'exploitation de l'invention brevetée. L'élément légal tenant au défaut de justification de l'acte d'exploitation demeure stable, avec, principalement, une définition maintenue de la possession personnelle antérieure (53).

Les modalités de la sanction n'ont guère été modifiées. Il faut, cependant, noter la reconnaissance au licencié exclusif du droit d'agir en contrefaçon (54) et à tout licencié de la faculté d'intervenir dans une instance en contrefaçon (55). L'article 57 nouveau codifie, d'autre part, la pratique de la confiscation.

2) *Réservation par un instrument nouveau : le brevet communautaire*

44. — Après l'échec en 1962 de la construction du projet de brevet communautaire, une relance est intervenue qui, deux ans après la signature de l'accord de Munich, a débouché, le 15 décembre 1975, sur la signature à Luxembourg d'une convention relative au brevet européen pour le marché commun.

L'article 2 de ce texte énonce les principes fondamentaux de sa construction à ses alinéas 2 et 3 :

« Le brevet communautaire a un caractère unitaire. Il produit les mêmes effets sur l'ensemble du territoire sur lequel s'applique la présente convention et ne peut être délivré, transféré, annulé ou s'éteindre que pour l'ensemble de ces territoires.

Le brevet européen communautaire a un caractère autonome. Il est soumis aux dispositions de la présente convention et à celles des dispositions pour le brevet européen qui s'appliquent obligatoirement à tout brevet européen et qui, de ce fait, sont réputées constituer des dispositions de la présente convention » (56)

(52) C. Le Stanc, op. cit. p. 119, n° 126 et J.M. Mousseron : *L'élément intentionnel dans l'acte de contrefaçon de brevet* in 3° Renc. Propr. ind. Lyon, 1974, Coll. C.E.I.P. 1975, Litec., p. 97.

(53) C. Le Stanc et J.M. Mousseron : *La possession personnelle antérieure*, Dossiers Brevets 1978-II.

(54) La solution posée par l'article 53 al. 2 de la loi de 1968 a été maintenue, à quelques variantes formelles près par la loi de 1978.

(55) La solution posée par l'article 53 al. 4 de la loi de 1968 a été maintenue en l'état par la loi de 1978.

(56) J.M. Mousseron, *La Convention de Luxembourg et les caractères unitaire et autonome du brevet communautaire*, Conf. Centre Paul Roubier, Lyon 1977.

Le brevet communautaire apparaît alors comme le premier instrument communautaire de droit privé et, au temps où s'essouffent, notamment, les projets de société européenne (57) et où s'ébauchent, seulement, les projets de marque communautaire (58) voire de dessin et modèles communautaires (59), voit son importance dépasser le problème du régime des inventions.

L'entrée en vigueur de ce texte dont la ratification a été autorisée en France par la loi du 30 juin 1977 est, cependant, subordonnée par son article 98 à sa ratification par chacun des neuf états signataires. Au temps présent, celle-ci apparaît quelque peu problématique (60). Son entrée en vigueur dans les prochaines années est souhaitable sinon certaine.

45. — L'organisation du brevet communautaire répond pour l'essentiel à la règle d'unité mais méconnaît assez fréquemment le principe d'autonomie.

Il obéit, en effet, pour son obtention aux dispositions de la Convention de Munich et naît, à défaut de manifestation contraire, du dépôt de toute demande européenne désignant l'un au moins des neuf Etats membres de la C.E.E.

L'autonomie est davantage exprimée au niveau des effets développés par ce brevet autonome puisque la définition du contenu du droit tant avant qu'après la délivrance est bien assurée par les articles 29, 30, 31, 32 et 34 du texte de Luxembourg.

46. — L'apport de cette convention en matière de sanction du droit est cependant, à double composante. L'observation a, généralement, été peu attentive aux éléments de droit matériel de la contrefaçon que comporte la Convention de Luxembourg. Ils intéressent l'élément matériel de l'acte fautif avec les articles 29 et 30 relatifs aux formes que peut prendre cet acte, l'élément moral avec l'article 30 alinéa 1 sur l'intervention « en connaissance de cause » du fournisseur de moyens et l'élément légal avec l'article 31 sur les faits justificatifs de l'acte de contrefaçon, l'article 32 sur l'épuisement des droits conférés par le brevet communautaire, l'article 38 sur la posses-

(57) J. Boucourechliev. *Pour une S.A.R.L. européenne*. C.R.E.D.A., 1973.

(58) V. supra A. Chavanne, *Dix ans de droit des marques*. Le 2^e avant projet de Marque communautaire devait être établi fin 1978.

(59) M. A. Perot-Morel, *Le régime international des dessins et modèles industriels*. D. 1976-ch. p. 3 et *Dix ans de droit des dessins et modèles*. Table ronde C.N.R.S.-C.U.E.R.P.I. Grenoble, Déc. 1977, *Pour un droit communautaire des dessins et modèles*.

(60) Seuls, la Belgique, la France et le Royaume-Uni ont mené les procédures parlementaires en vue de la ratification. V. question écrite de M. Couste et réponse de la Commission de la C.E.E., J.O.C.E.E. 13 mars 1978, pp. 12 et 13. Sa relance a fait l'objet de la session du Conseil de l'O.E.B. réuni à Bordeaux, en juillet 1978.

sion ou l'utilisation personnelle antérieure et les articles 46, 47 et 48 sur les licences autoritaires.

L'observateur a été plus soucieux des règles de compétence posées à titre subsidiaire par l'article 36 consacré à « l'application complémentaire du droit national en matière de contrefaçon » :

« Les atteintes à un brevet communautaire (61) sont régies par le droit national concernant les atteintes au brevet national de l'Etat contractant du tribunal saisi, pour autant que les règles du droit international privé de cet état ne renvoient pas au droit national d'un autre état contractant » (62).

La règle de conflit de lois (63) doit, alors se prolonger par une règle de conflit de juridictions. Sacrifiant aux traditions, l'article 69 alinéa 2 prévoit la compétence du juge du lieu de la contrefaçon mais il ne pourra connaître que des faits commis sur le territoire de cet état. Beaucoup plus novateur est l'article 69 alinéa 1 permettant de porter tout le contentieux de la contrefaçon devant le tribunal de l'Etat contractant sur le territoire duquel le défendeur ou, à défaut, le demandeur a son domicile ou un établissement, les tribunaux de la R.F.A. ayant une compétence subsidiaire.

Différents efforts ont été engagés pour assurer, par la voie éventuelle d'une nouvelle convention, l'intégration des règles concernant la contrefaçon du brevet communautaire (64). Peut-être a-t-on compliqué le problème en voulant assurer non seulement une règle-

(61) L'acte de contrefaçon suppose la délivrance ; l'acte d'exploitation de l'invention couverte par une demande fait dans les mêmes conditions naître une dette d'« indemnité raisonnable » à la charge du tiers, par application de l'article 34 de la convention de Luxembourg : « Une indemnité raisonnable fixée suivant les circonstances peut être exigée de tout tiers qui, entre la date de publication d'une demande de brevet européen dans laquelle les états contractants ont été désignés et la date de publication de la mention de la délivrance du brevet européen, a fait de l'invention une exploitation qui, après cette période, serait interdite en vertu du brevet communautaire ». Notons que la réforme du droit interne français a refusé cette distinction entre effets provisoire et définitif de la réservation assurés avant et après la délivrance du brevet.

(62) De même l'article 79 de la convention de Luxembourg renvoie-t-il aux dispositions pénales nationales : « Les dispositions pénales nationales en matière de contrefaçon sont applicables au cas de contrefaçon d'un brevet communautaire dans la mesure où les mêmes faits de contrefaçon seraient punissables s'ils portaient atteinte à un brevet national ».

(63) Sur les règles nationales en matière de contrefaçon auxquelles il est renvoyé, v. 2^o Séminaire de la F.E.M.I.P.I. : *Constataion et sanction de la contrefaçon*, Paris 1976, in *Dossiers Brevets 1977-I* et *C.E.I.P.I., Colloque 1976 : La contrefaçon de brevet communautaire*, n^o spécial du P.I.B.D. sept. 1977.

(64) V. 3^o Renc. Prop. Ind. citée, p. 11 et, surtout, 4^o Renc. Propr. Ind., Nice 1974 : *Droit international et actions en contrefaçon de brevet dans la C.E.E.*, n^o spécial du P.I.B.D. sept 1974.

mentation unitaire, déjà fort avancée, de l'acte de contrefaçon mais également la mise en place d'autorités communautaires chargées de son application.

B. — LA COMMERCIALISATION DES INVENTIONS BREVETÉES

47. — Le système des brevets d'invention n'a jamais exclusivement visé l'exploitation isolée par le breveté de l'invention réservée ; il la recherche moins encore aujourd'hui que par le passé car la fabrication d'objets industriels de consommation courante exige, par exemple, souvent, la mise en œuvre d'inventions appropriées parfois par des dizaines de titulaires différents. Une commercialisation active des inventions brevetées s'impose et procure une effectivité toujours plus grande aux instruments tant classiques (1°) que nouveaux (2°) d'appropriation des inventions industrielles.

1) *Commercialisation par les instruments classiques : les brevets nationaux*

48. — La loi des brevets ne s'intéresse guère aux contrats d'exploitation qui, tant avant qu'après les réformes de 1968 et 1978, relèvent du droit des contrats. Aussi comprend-on que les innovations en la matière aient été faibles et tiennent davantage à l'art des négociateurs (65) qu'à l'apport des pouvoirs publics.

49. — D'un point de vue général, il faut noter une insertion croissante des accords sur brevets dans des contrats plus amples de transfert de techniques. Aux clauses de know how inscrites dans des contrats d'exploitation de brevets ont succédé, depuis plusieurs années, les clauses de propriété industrielle inscrites dans des contrats de communication de know how. Le développement et l'amplification des techniques, les hypothèses fréquentes de brevets considérés comme des moyens indirects de réservation de techniques par le blocage de points de passage obligés permettent d'imaginer la poursuite du mouvement sans que l'importance en absolu des contrats d'exploitation de brevets ait à en souffrir. D'un point de vue plus juridique, il faut noter la poursuite de la banalisation des contrats d'exploitation de brevets, l'affirmation de leur qualification comme contrats de vente ou de louage avec en conséquence le rattachement aux régimes législatifs, exceptionnellement impératifs et ordinairement supplétifs, du Code civil. La définition des obligations de délivrance et de garantie (66) du breveté cédant ou concédant de licence en a bénéficié.

(65) V., tout particulièrement, J.M. Deleuze, *Le contrat de transfert des processus technologiques*, 1976, éd. Masson et 9^{me} Journées d'Actualités de Droit de l'Entreprise : *Garanties de résultat et transfert de technique*, Litec 1978.

(66) J.M. Mousseron, *L'obligation de garantie dans les contrats d'exploitation de brevet d'invention*, Dossiers Brevets 1978-I.

50. — D'un point de vue plus particulier, deux clauses ont vu leur rôle se modifier au cours de la décennie à venir.

Les clauses de non contestation de brevets devenues de style dans la plupart des contrats d'exploitation voient leur efficacité sinon leur validité menacée. Admise par deux arrêts importants de 1964, rappelée dix ans plus tard (67), l'efficacité de ces clauses est, aujourd'hui, menacée par trois séries de facteurs. Le rapprochement fonctionnel sinon structurel de ces clauses avec les clauses de non garantie doit conduire à subordonner leur mise en œuvre à la bonne foi et à l'écartier toutes les fois où le breveté connaissait ou ne pouvait ignorer les vices infectant son brevet. La validité des clauses de non contestation inscrites dans les contrats de droit interne était directement mise en cause par la décision A.O.I.P. - Beyrard rendue par la Commission des Communautés Européennes (68). L'efficacité de ces clauses est, enfin, largement subordonnée à l'effet relatif des décisions d'annulation de brevet ; or, cette solution, difficilement admissible, pourtant, a été très heureusement écartée par le nouvel article 50 bis alinéa 1 de la loi des brevets qui affirme l'effet absolu de ces jugements et en organise la publication au Registre National des Brevets.

Les clauses compromissaires extrêmement fréquentes dans la pratique puisque un litige sur six porté devant les juridictions arbitrales de la Chambre de Commerce Internationale concerne les accords sur brevets ont vu leur efficacité sinon leur validité menacée par une jurisprudence regrettable s'autorisant in extremis d'une lecture curieuse de l'article 68 alinéa 1^{er} de la loi de 1968. Après des décisions fort contestables, un certain point d'équilibre a été retenu par les tribunaux (69). Dès lors que les litiges font appel à la technique du droit des brevets et tout particulièrement à l'application des textes mêmes de 1844-1968, les clauses compromissaires comme de prorogation de compétence devraient s'effacer. Dès lors, en revanche, que le litige relève de la technique des contrats, le droit commun trouverait son jeu. Le texte de 1978 restitue aux clauses compromissaires, quelle que soit, à notre avis, leur date de conclusion, leur pleine efficacité.

2) Commercialisation par un instrument nouveau : le brevet communautaire

51. — Les caractères unitaire et autonome propres au brevet communautaire éprouvent quelque peine à s'imposer au niveau de la commercialisation de l'invention qu'il couvre.

(67) Com. 7 et 17 déc. 1964, D. 1966-184, note R. Plaisant et 23 avril 1974. P.I.B.D. 1975 n° 158-III-415.

(68) Comm. C.E.E., 5 déc. 1975, aff. A.O.I.P. - Beyrard, Dossiers-Brevets 1976-I.

(69) V. jurisprudence française in Rev. de l'Arbitrage 1976, p. 239 avec note A. Françon : Colloque de Vienne 1976, *Arbitrage et Propriété Industrielle*. Rev. de l'Arbitrage 1977-I ; M. Vivant, op. cit. p. 25, n° 20.

Sans doute les retrouve-t-on tous deux au niveau de la prohibition des cessions partielles posée par l'article 2 alinéa 2 de la convention de Luxembourg ou au niveau du système de publicité des opérations assuré à peine d'inopposabilité aux tiers, par le registre des brevets communautaires.

A d'autres niveaux, en revanche, le caractère unitaire cède devant les exigences résultant du maintien des économies nationales et les articles 47, voire dans une moindre mesure, 48 de la Convention de Luxembourg y dérogent :

« Des licences obligatoires pour défaut ou insuffisance d'exploitation ne peuvent être concédées lorsque le produit couvert par le brevet, fabriqué dans un Etat contractant, est mis dans le commerce sur le territoire d'un autre état contractant pour lequel de telles licences ont été demandées en quantité suffisante pour satisfaire au besoin sur le territoire de cet état. Cette disposition n'est pas applicable aux licences obligatoires concédées dans l'intérêt public ».

Plus communément, la commercialisation de l'invention couverte par le brevet communautaire méconnaîtra la règle d'autonomie à raison même de la faible intervention du droit des brevets — quelle qu'en soit la source — en matière contractuelle. L'article 43 alinéa 1^{er} se contente d'admettre le principe en vertu duquel :

« Le brevet communautaire peut faire en sa totalité ou partie l'objet de licence pour tout ou partie des territoires sur lesquels il produit ses effets. Les licences peuvent être exclusives ou non exclusives. Les droits conférés par le brevet communautaire peuvent être invoqués à l'encontre d'un licencié qui enfreint l'une des limites de sa licence imposée en vertu du paragraphe 1 ».

Pour ce qui est, plus généralement, du régime de ce contrat, il y a lieu à application d'une réglementation nationale. L'article 39 pose alors une règle de conflit de lois :

« Sauf dispositions contraires de la présente convention, le brevet communautaire en tant qu'objet de propriété est considéré en sa totalité et pour l'ensemble des territoires sur lesquels il produit ses effets comme un brevet national de l'état contractant sur le territoire duquel, d'après le registre européen des brevets prévu par la convention sur le brevet européen,

- a) le demandeur du brevet avait son domicile ou son siège à la date de dépôt de la demande de brevet européen ;
- b) soit à défaut, le demandeur avait un établissement à cette date ;
- c) soit, à défaut, le premier mandataire du demandeur inscrit au registre européen des brevets avait son domicile professionnel à la date de cette inscription ».

Pareille règle de désignation de la loi nationale applicable comme celles qui découlent de l'article 36 et de l'article 69 en matière de contrefaçon attire l'attention sur les intérêts qu'il peut y avoir à faire

déposer la demande de brevet communautaire par une personne domiciliée ou ayant un établissement sur tel territoire dont l'application de la loi nationale est souhaitée par le déposant.

52. — L'évolution la plus sensible des contraintes pesant sur la commercialisation des inventions réservées par la technique des brevets nationaux ou communautaires s'est précisée à partir des exigences des réglementations tant nationales que communautaires en matière de pratiques restrictives de la concurrence. Il y a, lieu, en conséquence, de prêter une extrême attention à leur énoncé (70).



53. — La décennie qui s'achève aura été la plus féconde qu'ait connue le Droit des brevets depuis son apparition, voici vingt-cinq siècles peut-être, dans quelques bourgades de la Grèce antique (71). La décennie qui s'ouvre aura à assimiler et à mettre en œuvre les innovations que la présente a produites. L'évolution de ces dix dernières années s'est inspirée d'une recherche profonde d'unité fut-ce au prix d'une grande complexité des mécanismes obtenus. La tentation peut être de réintroduire une dose nouvelle de diversité et d'ajouter encore à la complexité. Les responsables du développement de nos systèmes de brevets devront s'en garder. Pendant quelques années, une pause nous paraît nécessaire à l'adaptation des esprits et des pratiques aux règles et aux mécanismes qui viennent de naître. Pour le temps, notre Droit des brevets atteint, nous semble-t-il, le taux maximum de complexité. Il convient que les esprits s'habituent, que les pratiques se forment avant de passer à de nouveaux stades de développement. C'est, en effet, dans la seule mesure où la pratique mettra effectivement en œuvre tous les effets bénéfiques permis par les nouvelles constructions que se maintiendra la pleine justification du Droit des brevets. A franchir un certain stade de sophistication, il perdrait, en revanche, de son efficacité. Or, la légitimité d'un mécanisme de droit de l'entreprise se mesure largement à l'utilité effective qu'il procure à ses usagers.

(70) V. J. Azéma, art. supra et G. Albrechtskirchinger, *Le droit des contrats de licence après la conférence de Luxembourg sur le brevet communautaire*, J.C.P.C.I. 1976 n° 12 230.

(71) M. Vivant, op. cit., p. 2 n° 4.

OUVRAGES DIFFUSES PAR LE CENTRE DE DROIT DE L'ENTREPRISE

DANS LA COLLECTION

• Actualités de Droit de l'Entreprise :

- Les ordonnances de septembre 1967
et le droit commercial. 27,50 franco
- Actualités de droit de l'Entreprise 1968 33,50 franco
- Nouvelles techniques contractuelles 44,00 franco
- Nouvelles techniques de concentration 44,00 franco
- Les services communs d'entreprises 65,00 franco
- L'exercice en groupe des professions libérales 65,00 franco
- Le Know-How 65,00 franco
- La publicité et le droit 65,00 franco
- Garanties de résultat et transfert de techniques à paraître en 1978

• Bibliothèque du Droit de l'Entreprise :

- Le groupement d'intérêt économique par Ch. Lavabre (épuisé)
- La responsabilité du banquier par J. Vézian 96,00 franco
- La société civile professionnelle par A. Lamboley 65,00 franco
- Le droit de la distribution par J.M. Mousseron et
autres auteurs 128,00 franco
- Le contrôle de la gestion des sociétés anonymes par
R. Contin 108,00 franco
- Les réserves latentes par R. Abelard 100,00 franco
- Le contrat de sous-traitance par L. Valentin à paraître en 1978
- Dix ans de droit de l'entreprise :
1968-1978 (48 études - 1080 pages) 210,00 F franco

• Cahiers de Droit de l'Entreprise

Supplément à la Semaine Juridique. éd. C.I. Renseignements sur
demande au Centre du Droit de l'Entreprise.

• Bibliothèque de Propriété Industrielle (C.E.I.P.I.)

- L'invention protégée après la loi du 2 janvier 1968
- J. Schmidt 64,00 franco
- Le Know-How : sa réservation en droit commun par
R. Fabre 80,00 franco
- L'acte de contrefaçon par Ch. Le Stanc 80,00 franco
- Juge et Loi du Brevet par M. Vivant 120,00 franco
- Les contrats de Recherche par Y. Reboul 120,00 franco
- Le droit français nouveau des brevets
d'invention par J.-M. MOUSSERON et
A. SONNIER 85,00 F franco

• Bibliothèque L.G.D.J.

- L'affrètement aérien par J.P. Tosi 148,00 franco
- Les groupes de contrats par B. Teyssié 87,00 franco

Dossiers Brevets

- Abonnement annuel 350,00