

4. La problématique de la qualité des brevets est de plus en plus fréquemment posée. Après avoir résumé les tenants et aboutissants de cette question (en une dizaine de lignes) vous en indiquerez quelles peuvent être, selon vous, les conséquences d'une baisse de qualité des brevets pour la veille techno-économique ? (6 points) – Extraits R. Lallement, « Portée et limites du brevet comme indicateur d'innovation : la qualité des brevets en question », *Note de Veille*, CAS, nov. 2007 et R. Lallement, « Politique des brevets : l'enjeu central de la qualité face à l'évolution des pratiques », *Revue Horizons stratégiques*, n°7, CAS.

le comportement des déposants de brevets a changé et relève de plus en plus souvent d'une sorte de « course aux armements ». Ce type de pratique, souvent qualifié de « brevetage stratégique », consiste à accumuler des brevets pour s'en servir de monnaie d'échange, afin de négocier d'éventuels accords de licence croisée, des alliances ou bien, dans une optique de dissuasion, pour se prémunir contre l'éventualité d'un litige ou encore pour empêcher des concurrents d'effectuer des dépôts sur les mêmes inventions⁷. Une telle évolution est hautement problématique car elle risque à la longue de faire prévaloir la quantité des brevets sur leur qualité.

Le débat sur la qualité des brevets ou comment préserver l'Europe de la « bulle de brevets » ?

Cette tendance générale est bien analysée dans plusieurs documents récents, en particulier dans un rapport de l'Office parlementaire européen des choix technologiques et scientifiques (STOA)⁸, ainsi que dans une publication qui retrace le vaste exercice de prospective que l'OEB a récemment mené, à l'horizon 2025⁹. Il en ressort qu'à certains égards, les évolutions actuelles s'apparentent à **une prolifération de brevets de qualité inégale** et conduisent à redouter le gonflement d'une sorte de « bulle de brevets ».

Certes, il est difficile de définir empiriquement la qualité d'un brevet. Cette notion se réfère soit aux brevets considérés individuellement, soit à l'ensemble du système des brevets (du processus d'examen et de délivrance jusqu'à la procédure d'opposition¹⁰ et au système judiciaire), soit encore aux deux. De manière générale, cette notion renvoie à l'idée d'une juste proportion entre l'étendue des revendications du brevet considéré (c'est-à-dire la zone de protection accordée) et l'ampleur de la contribution technique de l'invention sous-jacente, c'est-à-dire son apport à l'état de l'art, dans le champ de la connaissance technique. Il s'agit aussi de brevets rédigés de façon claire, bien délimités les uns par rapport aux autres et non « triviaux » (ne correspondant pas à une invention insignifiante ou réduite à une variation mineure de brevets préexistants). La qualité du brevet renvoie aussi à une certaine robustesse, i.e. une faible probabilité d'être invalidé devant les tribunaux¹¹.

Comme l'explique le rapport du STOA, la qualité des brevets renvoie aussi à leur force, qui dépend notamment de leur largeur (le nombre des revendications qu'ils recouvrent et le niveau de généralité de ces revendications), sachant qu'un brevet trop fort confère un pouvoir de monopole excessif et qu'à l'inverse, un brevet trop faible est dépourvu de caractère suffisamment incitatif pour les inventeurs. Autrement dit, accroître la qualité des brevets revient à améliorer le bilan de leurs coûts et de leurs avantages pour la société dans son ensemble.

Ce débat sur la qualité des brevets délivrés a jusqu'à présent surtout concerné les États-Unis. **Les critères de brevetabilité** – notamment celui de l'inventivité, surtout dans le domaine des logiciels et des méthodes d'affaires (*Business Methods*) – s'y sont relâchés depuis un quart de siècle, ce qui est attribué à la fois à l'attitude de l'office américain des brevets (USPTO) et à celle des tribunaux¹² car la probabilité des brevets déjà délivrés d'être validés par le système juridictionnel américain est plus élevée que jadis. En Europe, par contraste et également par rapport à la situation observée au Japon, la pratique en matière de brevetabilité est en général considérée comme plus stricte. Ceci est corroboré par la comparaison des taux de délivrance des brevets, qui rapportent le nombre des brevets délivrés au nombre des demandes de brevets. Dans le document de l'OCDE déjà mentionné, un calcul montre ainsi qu'entre 1982 et 1998 et pour un même ensemble de brevets déposés à la fois à l'office américain (USPTO) et à l'OEB, **le taux de délivrance a été plus élevé de près de 30 points à l'USPTO** (taux entre 80 % et 90 %) **que chez son homologue européen** (taux entre 50 % et 60 %), ce qui suggère que les conditions de délivrance des brevets ont été plus strictes en Europe qu'aux États-Unis.

Toutefois, face à la forte croissance des demandes de brevets, le maintien des exigences de qualité à l'OEB aurait dû impliquer une nette diminution du taux de délivrance des brevets, ce qui n'a pas été le cas. Une enquête menée par l'OCDE auprès de grandes firmes en 2003 a montré qu'au vu de leur propre expérience, les répondants ont estimé globalement qu'il était plus facile d'obtenir des brevets que dix ans auparavant et ce, tant à l'OEB qu'à l'USPTO¹³. D'autres signes semblent témoigner d'une perte de qualité des brevets délivrés en Europe et, de façon liée, de comportements relevant du « brevetage stratégique ». L'un concerne le nombre de revendications formulées dans les brevets, qui peut être considéré à la fois comme un indicateur de leur degré de complexité et comme un facteur déterminant la charge de travail de l'office de brevet considéré. En effet, comme les examinateurs de brevets doivent évaluer ceux-là en particulier au regard desdites revendications, un grand nombre de revendications tend à alourdir leur charge de travail et à allonger les délais de traitement des demandes de brevet. Or les études menées à ce sujet montrent que la complexité des demandes de brevet s'est accrue et qu'en leur sein, la part relative des revendications douteuses tend à s'accroître¹⁴. Ainsi, **depuis 1980, non seulement le nombre de dépôts de brevets a été multiplié par neuf à l'OEB mais aussi le nombre moyen de revendications par brevet y a doublé** !

L'évolution actuelle implique que les délais nécessaires pour l'obtention d'un brevet deviennent trop longs par rapport au cycle de vie des produits concernés. Plus encore, des brevets de mauvaise qualité entraînent des coûts supplémentaires en matière de litiges, érigent des barrières injustifiées à l'entrée des marchés concernés, notamment pour les PME et, au total, augmentent le prix des produits sans fournir en contrepartie d'effet bénéfique sur la société dans son ensemble.