

Le brevet international : une utopie ?

PAUL EDWARD GELLER*

AVOCAT À LOS ANGELES; MAÎTRE DE CONFÉRENCES À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LA CALIFORNIE DU SUD (USC)

On parle souvent du « système international des brevets ». Nous proposons de le désigner sous l'expression « l'ancien régime des brevets ». La raison en est simple : ses origines remontent à la Convention de Paris, soit à plus de cent ans. Cet ancien régime est en crise, comme l'attestent les difficultés que connaissent aujourd'hui les offices de brevets dans le traitement des demandes. Livrons-nous à un essai spéculatif, où nous allons poser cette question : comment l'Internet peut-il nous aider à surmonter cette crise¹ ? Partant d'un constat de crise (I), nous explorons quelques propositions pour tenter d'y remédier (II) et envisageons quelques solutions de transition par rapport au droit actuel (III).

I. L'ancien régime débordé

L'ancien régime des brevets ne suit plus de près l'évolution des techniques. Dans l'histoire des techniques, l'humanité a d'abord tâtonné, accumulant peu à peu des expériences empiriques². À l'époque des « temps modernes », les sciences appliquées ont contribué à l'industrialisation de la recherche et du développement³. Paradoxalement, c'est l'accélération du progrès technologique qui a précipité la crise des brevets. Les offices de brevets sont aujourd'hui submergés par les demandes dont le nombre et la complexité vont croissant⁴. Par conséquent, l'ancien régime s'avère de moins en moins capable de satisfaire à deux exigences essentielles : efficacité et transparence.

A. Brevetabilité et efficacité

La crise de l'ancien régime s'est manifestée, tout d'abord, par la difficulté d'appliquer de façon efficace les critères de brevetabilité. Aux XVII^e et XVIII^e siècles, les droits de brevet s'étaient donné pour objectif de créer des mesures destinées à favoriser l'introduction

de « nouvelles » techniques dans les pays concernés⁵. Au XIX^e siècle, avec l'industrialisation de la recherche

* Avocat à Los Angeles; Maître de Conférences à la faculté de droit de l'Université de la Californie du Sud (USC) : <http://www-rlf.usc.edu/~pgeller>. La version originale de cet article a été publiée dans l'*European Intellectual Property Review* (EIPR), vol. n° 25 [2003], p. 515 sq. L'auteur remercie, pour leur lectures critiques des projets, L. Bently, C. Berman, R. Donovan, W. Kingston, M. Lemley, E. Mackaay, E. Markov, M. Patterson, J. Phillips, J. Reichman, D. Stauder et T. Takenaka. L'auteur, non spécialisé en matière de brevets et exerçant plutôt dans un domaine dépourvu de toute formalité, accepte la pleine et entière responsabilité de ses opinions ainsi que de toute erreur. Les adresses des sites Web citées ci-dessous étaient correctes au 1^{er} juillet 2003.

1. Divers projets sont en cours qui visent à sortir de la crise actuelle. V. par exemple, le plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets, Doc. A/37/6, 19 août 2002 : http://www.wipo.int/fre/document/govbody/wo_gb_ab/pdf/a37_6.pdf; US Patent and Trademark Office, The 21st Century Strategic Plan, 3 juin 2002 : <http://www1.uspto.gov/web/offices/com/strat2001/index.htm>

2. V. les tours d'horizon de A. Pacey, *Technology in World Civilization : A Thousand-Year History*, MIT Press, 1990 ; P. A. David, From Keeping « Nature's Secrets » to the Institutionalization of « Open Science », texte du 23 mars 2001 : <http://www-econ.stanford.edu/faculty/workp/swp01006.pdf>

3. V. l'analyse de W. Kingston, *Innovation: the Creative Impulse in Human Progress*, J. Calder, 1977, p. 91 sq. ; et les exemples donnés par C. Bazerman, *The Languages of Edison's Light*, MIT Press, 1999 ; Jürgen G. Backhaus (éditeur scientifique), *The Economics of Science Policy : An Analysis of the Althoff System*, [1993] 20 *Journal of Economic Studies*, n° 4-5.

4. Pour de plus amples renseignements, v. le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets, doc. A/37/6, 19 août 2002, p. 2-4 : http://www.wipo.int/fre/document/govbody/wo_gb_ab/pdf/a37_6.pdf ; ainsi que S. Asami, A View toward the Global Patent – Mutual Exploitation of Examination Results [2002] 27 *AIPPI* (Japan) 12, p. 14 sq.

5. U.K. Statute of Monopolies, Statutes at Large, 21 James 1, ch. 3, § 6 (1624). Pour le contexte historique, v. J. Phillips, The English Patent as a Reward for Invention : The Importation of an Idea, [1982] 3 *Journal of Legal History* 71.

entretenir au profit du public des collections complètes et constamment actualisées d'informations sur l'innovation¹⁹. Les offices risquent en particulier de se trouver pris en tenaille entre les retards dans le traitement des demandes, d'une part, et leur devoir de mettre les dossiers des demandes de brevets à la disposition du public dans les dix-huit mois, d'autre part. Il convient dès lors de trouver une solution pour sortir de la crise qui en résulte.

II. Le régime provisoire : propositions

Afin de distinguer entre l'ancien régime en crise et la solution que nous proposons ici, désignons cette dernière sous le terme de « régime provisoire ». Dans un souci de rendre ce régime praticable, nous allons tenter d'en assurer la cohérence avec le Traité de coopération en matière de brevets (PCT) et les pratiques apparentées²⁰.

A. Un système mondial de « cyber-publication »

Sous l'ancien régime, les offices de brevets réceptionnent les demandes, les conservent pendant un certain temps sous le sceau du secret puis, normalement au terme d'un examen favorable, délivrent des brevets valables sur les territoires nationaux. Le régime provisoire international se superposerait à tous les anciens systèmes, qu'il s'agisse de celui du premier inventeur ou de celui du premier déposant, en y apposant un système du premier afficheur sur l'Internet, c'est-à-dire un système de cyber-publication²¹.

La recherche scientifique fournit un modèle au régime provisoire. En effet, les résultats de la recherche pourront être à la fois communiqués à travers le « World Wide Web » (Web) et enregistrés dans des bases de données réparties dans le monde. À titre d'exemple, dans le cadre du projet du génome humain, les chercheurs mettent les nouvelles informations à la disposition d'autres chercheurs sur des sites Web locaux reliés entre eux pour former une base de données mondiale²². Dans le régime provisoire des brevets, l'on pourrait afficher une nouvelle technologie sur un site parmi plusieurs sites Web, qui seraient tous gérés par des administrations chargées de la recherche internationale et tous connectés entre eux pour former une base de données mondiale. Ces cyber-publications seraient datées et instantanément accessibles sur le Web²³.

B. Les normes relatives au caractère complet de la cyber-publication et à la nouveauté

Le régime provisoire permettrait de relier entre elles des bases locales pour en créer une base accessible à

l'échelle mondiale. Ces bases de données seraient mises à la disposition du public sur les sites Web et mises en réseau par des hyperliens. Ainsi formeraient-elles une base de données mondiale qui faciliterait les recherches internationales. Ce n'est qu'à la demande de l'auteur d'une cyber-publication, et sous réserve du versement par celui-ci d'une redevance modique, qu'une administration chargée de la recherche internationale examinerait le contenu de cette cyber-publication, qui ferait partie de la base de données mondiale²⁴. Lorsque les résultats de l'examen le permettraient, cette administration délivrerait ensuite un « certificat provisoire » établissant le caractère complet de la cyber-publication et la nouveauté de la technique ainsi rendue publique.

La forme des cyber-publications serait régie par des normes mondiales. Celles-ci seraient conçues de façon à permettre l'indexation et les recherches des technologies, y compris celles composant l'état de la technique, dans la base de données mondiale²⁵. Le respect de ces normes faciliterait non seulement la certification proposée ci-dessus, mais aussi les recherches privées, par exemple celles de tiers souhaitant réunir des éléments de preuve pour s'opposer aux réclamations en cas de litige. Un tel certificat provisoire témoignerait pour les tribunaux et autres décideurs, du caractère formellement complet de la cyber-publication. Certes, une telle certification ne garantirait pas *a priori* que la technique en question satisfierait aux critères de fond telle que la possibilité d'application industrielle. Mais le certificat relatif au caractère complet de la



19. Il est à noter que les insuffisances du processus de délivrance de brevet, et les coûts qui en découlent, amènent parfois les entreprises à recourir à la « publication défensive », contournant ainsi les offices de brevets en leurs qualité de bibliothèques des techniques. Pour une analyse plus détaillée, v. le texte accompagnant la note n° 73 ci-dessous.

20. Par exemple, v. S. Asami, A View toward the Global Patent-Mutual Exploitation of Examination Results [2002] 27 AIPPI (Japan) 12, p. 16-18, 20-25 ; C. Berman, A Global Patent Solution Comes into View : *Managing Intellectual Property* oct. 1999, p. 70.

21. Nous utilisons ce néologisme pour tenter de rendre compte du sens du terme anglais « posting on the Web » qui traduit l'idée de la mise à la disposition du public sur l'Internet.

22. Par exemple, v. : <http://www.ncbi.nlm.nih.gov> et <http://www.ensembl.org/>

23. Cette divulgation rendrait caduques le besoin d'une période de grâce, les demandes provisoires, etc. V. l'analyse critique de Sven J. R. Bostyn, International Harmonization of the Patent System [2002] 27 AIPPI (Japan) 310, p. 385 sq.

24. V. des parallèles contenus dans la Convention du brevet européen, art. 90-96 ; Japan Law n° 121, 13 avr. 1959, §§ 48 bis - 48 ter.

25. Pour de plus amples renseignements sur la classification internationale des brevets et le Trilateral Concurrent Search Project, et la définition progressive de ces normes, consulter respectivement : <http://www.wipo.int/classifications/en/ipc/preface.htm> et <http://www.jpo.go.jp/saikine/tws/twsindex.htm>

cyber-publication pourrait être considéré comme apportant des indices du respect de ces critères par l'invention²⁶.

Ce certificat provisoire témoignerait également de la nouveauté de la technique au plan mondial, à la date de la cyber-publication, jusqu'à preuve contraire. Afin d'accélérer l'examen, on ne rechercherait pas si un quelconque élément d'une technique antérieure ou de la technique en question, objet de la cyber-publication, permettrait à un hypothétique homme du métier normalement compétent d'en inférer la nouveauté ou, au contraire, son absence de nouveauté. Il serait seulement nécessaire, dans le régime provisoire, de comparer la technique communiquée, élément par élément, à l'état de la technique à l'échelle mondiale. Cet examen suffirait à une détermination de la présence ou non d'un élément par rapport à l'état de la technique selon des critères normalisés « très proches » d'un système à l'autre²⁷. Pour les raisons déjà indiquées, notamment pour éviter une complication des examens, le régime provisoire n'impliquerait pas une vérification de l'activité inventive²⁸.

Les lecteurs avertis flaireront peut-être le léger parfum français de ce régime provisoire. En effet, tout en accusant seulement réception des dépôts des demandes de brevet, le système français classique, né dans les années 1790, formulait à titre d'avertissement que « le gouvernement [...] n'entendait nullement garantir la propriété, ni le mérite, ni le succès d'une invention »²⁹. Ce système français, qui n'octroyait aucun brevet assorti d'une présomption de validité, laissait aux tribunaux le soin de statuer en matière de contrefaçon ou sur toute autre question litigieuse ; aussi les contentieux étaient-ils très rares³⁰. Ce que nous avons désigné sous le terme d'« ancien régime » se fondait, au plan international, sur la Convention de Paris de 1883, qui avait pour but de coordonner les systèmes nationaux de délivrance de brevets. Le régime provisoire que nous proposons ici n'aurait pas pour objet l'octroi de brevets, mais viserait à coordonner les informations relatives à la contrefaçon et au contentieux y afférent en matière technologique et ce à l'échelle mondiale.

C. Les enjeux respectifs des systèmes, la portée des droits et le déroulement des actions

Pour mieux comprendre ces propositions, analysons les enjeux de l'ancien régime. Celui-ci permet au titulaire d'un brevet de remporter, dans un territoire donné, le gros lot des redevances pour son invention. Les innovateurs n'ayant pas obtenu de brevets risquent d'être hors jeu : le cas le plus notable est celui du chercheur qui ne tire aucun bénéfice des résultats qu'il a lui-même publiés, alors qu'il a lui-même contribué de par cette publication à aider le breveté à décrocher le gros

lot. Il en est encore de même pour le chercheur qui ne profite pas de la protection des techniques similaires que lui-même avait mis au point sensiblement en même temps que le breveté³¹.

Cet ancien régime, qui donne souvent au breveté tout le bénéfice pécuniaire du brevet, sans tenir compte des contributions d'autres innovateurs, peut donc être inéquitable. En outre, comme nous l'avons expliqué précédemment, la législation sur les brevets peut dissuader les chercheurs de publier rapidement les résultats de leurs travaux³². Ces conséquences contre-productives seraient encore aggravées avec l'internationalisation sans limite des mécanismes de l'ancien régime et, en même temps, de ses enjeux. Le régime provisoire présenterait l'avantage d'amorcer une certaine limitation de telles conséquences, grâce à la superposition du système de la cyber-publication à l'ancien régime. En effet, pour illustrer nos propos on pourrait comparer l'ancien régime des brevets à une partie de poker, où les déposants cachent leur jeu au moment où ils misent, les demandes de brevets restant confidentielles pendant un certain temps tout en ne comportant pas toujours toutes les informations pertinentes. En revanche, le régime provisoire ressemblerait à une partie de poker où les joueurs seraient obligés de jouer cartes sur table dès le départ. Rappelons que la nouveauté mondiale serait certifiée dans ce système, grâce à la cyber-publication d'éléments non encore connus de la technique³³. Ainsi les chances de se procurer des éléments de preuve de la nouveauté augmenteraient avec le nombre des éléments divul-

26. Certaines conditions, telles que l'obligation de description du meilleur mode de mise en œuvre de l'invention, pourraient être laissées de côté. V. l'analyse de T. Takenaka, *The Best Patent Practice or Mere Compromise : An Overview of the Current Draft of the Substantive Patent Law Treaty and a Proposal for a « First to Invent » Exception for Domestic Applicants*, [2003] 11 *Texas Intellectual Property Law Journal* 259.

27. Le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets, Doc. A/37/6, 19 août 2002, p. 6 : http://www.wipo.int/fire/document/govbody/wo_gb_ab/pdf/a37_6.pdf

28. V. les notes n° 5-10 ci-dessus.

29. Cité par J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, Presses universitaires de France, 1991, p. 28.

30. J. Foyer et M. Vivant, *op. cit.*, p. 207 sq.

31. V. l'analyse de J. S. Leibovitz, *Inventing a Nonexclusive Patent System*, [2002] 111 *Yale Law Journal* 2251.

32. V. le texte accompagnant les notes n° 11 à 19 ci-dessus. V. aussi l'analyse de M. R. Patterson, *Patent Races with No Entrants*, Fordham University School of Law, Research Paper, 23 avr. 2002 : http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=336220

33. V. le texte accompagnant les notes n° 27-28 ci-dessus.

34. Il ne s'agit pas encore de la « priorité » internationale, notion qui relève de la Convention de Paris. V. la note n° 50 ci-dessous.

gués par la cyber-publication³⁴.

Toutefois une autre question vient également à l'esprit : comment tenir compte de la rapidité et de l'intégralité de la divulgation dans le cadre de ce régime provisoire ? Pour apprécier l'importance de cette problématique, nous devons nous placer dans le contexte du droit de la propriété industrielle en général. Le droit des brevets ne constitue que l'une des branches de ce droit général applicable à la protection des techniques. Bien entendu, le droit des brevets fournit les mesures judiciaires les plus efficaces, mais il ne s'applique qu'à une partie des techniques à protéger. C'est la raison pour laquelle le droit des brevets ne peut pas faire l'objet d'une réforme systématique, si l'on ne tient pas compte du reste du *corpus* des lois relatives à la propriété industrielle. Aujourd'hui, par exemple, un déposant peut temporairement compter sur le régime des secrets de fabrique pour protéger une technique secrète qui est l'objet de sa demande de brevet, bien que cette protection s'éteigne lorsque cette demande est rendue publique. Certains lecteurs se seront sûrement déjà posé la question : qu'advierait-il de la possibilité de protéger de tels secrets de fabrication dans le cadre du régime provisoire, étant donné que la cyber-publication divulguerait la technique au plan mondial ?

Examinons les droits de propriété industrielle hybrides applicables aux techniques qui n'atteignent pas encore le niveau de la brevetabilité, c'est à dire celles qui sont sub-brevetables. Si dès le XIX^e siècle, les dessins ou modèles d'utilité ont pu bénéficier de tels droits dans certains pays, il a fallu attendre le XX^e siècle, pour voir instituer d'autres droits ou régimes de protection dans des domaines aussi divers que ceux des circuits intégrés et des variétés végétales³⁵. Ces droits hybrides s'appliquent en général à des techniques nouvelles qui n'impliquent pas nécessairement une activité inventive ; leurs durées de protection sont en général plus courtes que celle du brevet ; ils permettent également le recours à des mesures d'interdiction et d'indemnisation compensatoire. Si ces formes de protection s'étendent à des techniques qui sont sub-brevetables, elles pourraient *a fortiori* s'appliquer à des techniques qui, bénéficiant d'une présomption de nouveauté grâce à la cyber-publication au plan mondial, sont aussi susceptibles d'applications industrielles. Sur de telles bases, une protection, éventuellement transfrontalière, constituant un filet de sécurité pour ces techniques, se substituerait à la protection des secrets de fabrique. Ce filet de sécurité pourrait avoir une durée limitée, par exemple de cinq ans, à compter de la cyber-publication démontrant la nouveauté de l'innovation. Mais la protection fournie par ce filet de sécurité serait sans préjudice de toute la durée de protection du brevet, c'est-à-dire vingt ans³⁶.

Certaines des lois actuelles protégeant la propriété

industrielle illustrent cette problématique. Des pays, comme l'Allemagne par exemple, ont instauré des systèmes de protection tel que le modèle d'utilité, qui se cumulent avec celui des brevets³⁷. Contrairement à la procédure d'examen des brevets, qui demande un certain temps, de tels systèmes de protection permettent la délivrance de certificats, soit dès le dépôt de la demande, soit après un examen accéléré de celle-ci. Ainsi, « lorsqu'un déposant craint que son invention ne remplisse pas les conditions de la brevetabilité, ou lorsqu'il veut bénéficier d'une certaine protection dans l'attente de la délivrance du brevet, la possibilité de recourir à la protection par le modèle d'utilité constitue un filet de sécurité utile »³⁸. De manière analogue, la protection accordée en vertu du régime provisoire, dont l'étendue serait internationale, aurait une durée limitée, tandis que celle obtenue dans le cadre des systèmes de brevets nationaux, présupposant l'activité inventive, s'inscrit dans le plus long terme.

D. Les actions en cessation de la contrefaçon fondée sur une appropriation parasitaire

Les actions en cessation de la contrefaçon donnent à la « propriété industrielle » la force d'un droit de propriété. Elles interdisent à autrui de profiter du secteur de marché que la loi réserve au propriétaire du droit sur une technique donnée. En théorie, l'on pourrait débattre de quelques questions : jusqu'où doivent s'étendre les interdictions d'actes de contrefaçon ? Quelles doivent être les limites des dommages et inté-

35. V. l'analyse originale de J. H. Reichman, *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, [1994] 94 *Columbia Law Review* 2432, et *Legal Hybrids Between the Patent and Copyright Paradigms*, in *Information Law Towards the 21st Century*, Wm. F. Korthals Altes et autres (éditeurs scientifiques), Kluwer, 1992, p. 325.

36. Ce chiffre de cinq ans est donné à titre d'exemple. Il s'agit d'apporter une protection temporaire pendant la durée de l'examen des demandes de brevets locaux. Une demande PCT, rendue publique dix-huit mois à compter de la date de priorité accordé suivant la Convention de Paris, ne requiert pas de dépôts de demandes auprès des autorités locales jusqu'à trente mois à compter de la date de priorité, ce qui implique que l'invention en jeu risque de rester dépourvue de protection par secret de fabrication pendant un certain laps de temps. V. *Traité de coopération en matière de brevets*, art. 21-23.

37. Allemagne, Loi sur les modèles d'utilité du 28 août 1986, amendée le 2 septembre 1994.

38. M. Kem, *Towards a European Utility Model Law*, [1994] 25 *IIC* 627, p. 644 sq.

39. Pour une analyse de référence v. G. Calebresi et A. D. Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability : One View of the Cathedral*, [1972] 85 *Harvard Law Review* 1089.

rêts compensatoires³⁹ ? Dans la pratique du régime provisoire, nous proposons une approche de ces questions par des voies bien distinctes : il reviendrait aux tribunaux d'interdire et de sanctionner l'appropriation parasitaire, tandis qu'une autorité quasi-arbitrale prendrait en charge le règlement des différends portant sur les redevances.

Une distinction devrait, en outre, être opérée entre le contrefacteur servile et l'apporteur d'une contribution technique⁴⁰. On entend par « contrefacteur servile », le tiers qui fabrique, utilise ou commercialise une technique protégée sans modifier un seul de ses éléments, ni améliorer la technique. En revanche, « l'apporteur d'une contribution technique » est celui qui, par rapport au demandeur, soit a antérieurement mis au point et divulgué au moins un élément constitutif de la technique en cause, soit a ultérieurement perfectionné cette technique. Le régime provisoire conférerait à la partie ayant procédé à la première cyber-publication d'une technique le droit d'initier des procédures judiciaires pour contrefaçon. Mais, seul le contrefacteur servile de la technique en cause pourrait à coup sûr se voir interdire l'utilisation de cette technique⁴¹.

Dans le meilleur des mondes, les actions en interdiction et autres sanctions ne devraient pas entraver les processus d'innovation que le droit des brevets a pour but de favoriser. De toute évidence, réserver ces actions à l'encontre des seuls contrefacteurs serviles n'étoufferait pas l'utilisation de nouveaux éléments techniques, puisque, par définition, ces contrefacteurs n'auraient apporté aucun élément nouveau à la technologie. Nous avons déjà mentionné comment les règles applicables en matière de brevets pouvaient dissuader les apporteurs de contributions techniques de divulguer au public les résultats de leurs recherches⁴² ; la menace, à leur encontre, d'une éventuelle action en interdiction, pourrait avoir comme effet d'empêcher la mise sur le marché de leurs innovations. L'apporteur d'une contribution technique devrait donc être autorisé à en poursuivre l'utilisation, comme certains systèmes de brevets le prévoient déjà en faveur de l'utilisateur justifiant d'un usage antérieur⁴³. De la même façon, un perfectionnement brevetable par rapport à la technique en cause ne devrait pas nécessairement faire l'objet d'une interdiction⁴⁴.

Il convient de souligner que cette approche pourrait avoir des conséquences sur la charge de la preuve. L'auteur d'une cyber-publication aurait le choix, notamment dans une action en interdiction provisoire, soit de justifier de la preuve de l'existence d'éléments tels que la nouveauté, sur la base de ses propres recherches, soit d'accélérer la procédure par l'introduction d'un certificat provisoire qui lui permettrait de bénéficier de certaines présomptions. En revanche, un défendeur pourrait rapporter la preuve qu'il était lui-même l'apporteur d'une contribution technique qu'il

avait antérieurement divulguée et dont un élément nouveau avait été incorporé à la technique faisant l'objet de la cyber-publication du demandeur. En l'absence de preuve contraire, ce défendeur pourrait éviter l'interdiction de poursuivre l'utilisation de cet élément, mais il ne pourrait pas empêcher que lui soit interdit d'exploiter la technique entière qui était l'objet de la cyber-publication. Un défendeur ayant rapporté la preuve de l'apport d'un perfectionnement postérieur à la technique en cause, pourrait éventuellement éviter l'interdiction provisoire limitant certaines utilisations du perfectionnement.

Ces moyens de défense ne seraient recevables que pour les actions en interdiction d'actes de contrefaçon ; ils ne pourraient pas être invoqués à l'encontre d'une demande de dommages et intérêts compensatoires. Il va de soi que l'on ne peut, sans payer, utiliser les innovations créées par autrui, que l'on ait ou non contribué à la technique en cause. L'auteur de la première cyber-publication pourrait engager des poursuites à l'encontre des apporteurs de perfectionnements postérieurs à sa technique et, en théorie, obtenir que leur responsabilité financière soit reconnue au terme de la procédure judiciaire, dès lors qu'ils auraient également exploité l'innovation, objet de sa cyber-publication. Cependant, comme nous le démontrerons ci-dessous, les actions judiciaires ne sont pas nécessairement les moyens les plus pratiques pour régler ces questions d'ordre pécuniaire. En effet, il y a lieu de se poser la question suivante : comment coordonner une action judiciaire en cessation d'actes de contrefaçon d'une part, et les procédures visant le règlement des



40. Pour une analyse comparable en matière du droit d'auteur, v. P. E. Geller, *Hiroshige v. Van Gogh* : Resolving the Dilemma of Copyright Scope in Remediating Infringement, [1998] 46 *Journal of the Copyright Society of the USA* 39.

41. Dans des affaires de contrefaçon flagrante, des sanctions financières dissuasives pourraient compléter les interdictions de poursuivre la contrefaçon et les dommages et intérêts compensatoires. V. l'analyse comparée de Gunnar W. G. Karnell, *Gedanken zur Bemessung von Schadensersatzansprüchen bei Patentverletzungen*, [1996] *GRUR Int.* 335.

42. V. le texte accompagnant les notes n° 11-19 ci-dessus.

43. À titres d'exemples, v. France, loi 1^{er} juill. 1992, n° 92-597 relative au CPI, modifiée par la loi n° 96-1106, 18 déc. 1996, art. L. 613-7 ; Japon, loi n° 121, 13 avr. 1959, § 79. V. aussi l'analyse de J. Neukom, *A Prior Use Right for the Community Patent Convention*, [1990] *EIPR* 165.

44. Pour un exemple de jurisprudence américaine produisant des effets comparables, v. R. P. Merges, *Intellectual Property Rights and Bargaining Breakdown : The Case of Blocking Patents*, [1994] 62 *Tennessee Law Review* 75, aux pp. 91-94, 102-105. Pour un exemple de licence obligatoire produisant les mêmes effets, v. Japon, loi n° 121, 13 avr. 1959, § 92.

45. V. le texte accompagnant les notes n° 48-49 ci-dessus.

différends portant sur les redevances d'autre part⁴⁵ ?

E. Les procédures pour régler des différends portant sur des redevances

Nous en venons à l'autre branche de notre approche : inciter les apporteurs de contributions techniques à régler leurs différends en dehors des tribunaux. Les innovations techniques sont souvent constituées d'une multiplicité d'éléments si étroitement enchevêtrés que l'un ou plusieurs de ces éléments ne peuvent être exploités que par une partie bénéficiant aussi de licences pour l'exploitation d'autres éléments de cette technique. Pour cette raison et bien d'autres, le marché des techniques brevetées risque de tomber en panne, par exemple lorsqu'une partie détenant un élément-clef d'un domaine technique exige des redevances inacceptables pour les autres parties⁴⁶.

Un mécanisme de règlement des différends permettrait de prévenir ces « pannes de marché ». Un tel mécanisme permettrait de rétablir une certaine égalité en faveur des apporteurs de techniques, qui ne sont pas tous en mesure de supporter le coût des actions judiciaires⁴⁷. Pour engager une procédure de règlement des différends portant sur des redevances, l'auteur de la première cyber-publication délivrerait une notification spécifique aux autres apporteurs de contributions techniques. Pour parer ultérieurement à toute éventualité d'exigences excessives, une notification générale pourrait être publiée mondialement, appelant au règlement de tous les différends susceptibles de porter sur l'exploitation de cette technologie. Ainsi informés, les autres apporteurs de contributions disposeraient d'un délai suffisant pour se faire connaître, fournir leurs réponses et accepter une procédure de règlement des différends. Tout participant ne prenant pas part à la procédure pourrait ultérieurement voir ses demandes déclarées irrecevables. Par exemple, il pourrait être privé de sa capacité à se pourvoir devant une juridiction et à invoquer des moyens de défense contre des mesures d'interdiction judiciaire⁴⁸. En outre, il ne pourrait pas remettre en cause ou contester la décision finale rendue à l'issue de cette procédure de règlement.

Les tribunaux et les instances de règlement des différends pourraient guider les participants vers un bon dénouement. Par exemple, un apporteur ayant accepté, puis entravé de mauvaise foi la procédure de règlement, pourrait être visé par une décision du tribunal statuant sur le litige, lui retirant son droit de contester l'interdiction des actes de contrefaçon prononcée à son encontre. Pour les apporteurs de techniques ayant fait preuve de bonne foi, le tribunal pourrait surseoir à toute sanction financière jusqu'à l'issue du règlement des différends. Par la même occasion, une instance de règlement des différends pourrait exiger la constitution de garanties destinées à assurer le paiement des redevances qu'elle imposerait ultérieurement à certains

de ces apporteurs de techniques. Comme variante elle pourrait estimer que les garanties déjà constituées dans le cadre d'une action judiciaire encore en cours, sont suffisantes.

La procédure de règlement des différends pourrait être étendue aux revendications portant tant sur les techniques brevetables que sur des techniques qui ne sont pas encore brevetables. À titre d'exemple examinons ce que serait la situation d'un développeur d'un ressort certes nouveau, mais n'atteignant pas le seuil de brevetabilité, lorsque ce ressort est utilisé dans deux pièges à souris brevetés, le second étant un perfectionnement du premier. Le développeur du nouveau ressort serait en droit d'exiger des redevances de la part de chacun des inventeurs des pièges utilisant son ressort ; parallèlement l'inventeur du premier piège pourrait exiger une redevance de l'inventeur du second. En l'absence d'un accord amiable entre les parties, l'instance de règlement des différends pourrait fixer le montant des redevances découlant de l'utilisation de tous les éléments pertinents en faveur des parties concernées⁴⁹.

III. Questions de transition

Tout régime provisoire soulève une série de questions de transition qu'il convient de résoudre. Pour compléter nos propositions, il faut examiner ces questions et proposer des solutions. Sur le fond, nous devons nous demander : comment le régime provisoire peut-il améliorer, voire supplanter, l'ancien régime des brevets ?

A. Comment introduire les changements ?

Le régime provisoire pourrait être mis en œuvre partiellement sans qu'aucune modification ne soit apportée aux lois et traités concernés. Tout d'abord, le travail d'informatisation des dossiers à l'intention des offices des

46. Il en existe d'autres exemples : v. M. A. Heller et R. Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation ? The Anticommons in Biomedical Research*, [1998] 280 *Science* 698 ; C. Shapiro, *Navigating the Patent Thicket : Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting*, in A. B. Jaffe, J. Lerner, and S. Scott (eds.), *Innovation Policy and the Economy* (Cambridge, MIT Press, NBER, 2001), vol. 1, p. 119, et sur : <http://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/thicket.pdf>

47. Pour l'analyse et les données v. W. Kingston, *The Case for Compulsory Arbitration : Empirical Evidence*, [2000] *EIPR* 154.

48. V. le texte accompagnant les notes n° 43-45 ci-dessus.

49. Sur les critères de fixation des redevances, v. J. H. Reichman, *Of Green Tulips and Legal Kudzu : Repackaging Rights in Subpatentable Innovation*, [2000] 53 *Vanderbilt Law Review* 1744, p. 1783 sq.

brevets pourrait de plus en plus intégrer ces dossiers, ainsi que les cyber-publications, à une base de données mondiale. En outre, l'OMPI ou d'autres organismes pourraient élaborer, dans tous les domaines techniques, les mécanismes nécessaires pour régler les différends portant sur des redevances.

Dans l'hypothèse de l'existence d'une infrastructure suffisante, quels seraient les traités internationaux, ainsi que les dispositions de transposition nationales, qui permettraient de mettre en œuvre les effets juridiques envisagés ? On pourrait avoir recours à une variante simplifiée du Traité de coopération en matière de brevets (PCT), limitée à la vérification à la fois du caractère complet de toute cyber-publication et de la nouveauté de la technique qui en est l'objet ; elle permettrait également d'en fixer la date de priorité⁵⁰. Notons que le régime provisoire, qui ne donnerait pas lieu à la délivrance de brevets, ne préjugerait pas de la validité des brevets éventuels ; aussi la question de la validité ne viendrait-elle pas perturber l'exécution transfrontalière d'une décision judiciaire⁵¹. En conséquence, les dispositions d'un traité éventuel pourraient s'inspirer des dispositions générales de la Convention de Bruxelles, en vue de garantir que l'interdiction d'une contrefaçon servile, et même transfrontalière, prononcée par le tribunal d'un État-membre, soit aussi exécutable par les tribunaux d'autres États membres⁵². De plus, l'adaptation du langage de certaines dispositions de la Convention de New York, autoriserait les autorités judiciaires à faire exécuter les décisions rendues par les instances de règlement des différends en matière de redevances⁵³. D'autres dispositions permettraient de coordonner les mesures prises dans le cadre des actions judiciaires et celles prises dans le cadre des règlements des différends⁵⁴.

B. Les relations avec les systèmes nationaux préétablis

Supposons que les traités et lois internes permettent la mise en œuvre du régime provisoire. Quelle serait son influence sur les effets des brevets délivrés à l'échelon national ? Le régime provisoire, fondé sur le certificat provisoire, se superposerait à l'ancien régime, en matière d'actions judiciaires contre la contrefaçon et de règlements des différends en matière de redevances. Ainsi dans la mesure où les dispositions des traités ou des législations transposant le régime provisoire n'en disposeraient pas autrement, les dispositions des droits nationaux et régionaux assureraient encore, par défaut, la protection des brevets. Les durées de protection, et les voies de recours, ainsi que les exceptions et moyens de défense, seraient maintenus dans leur intégralité et continueraient à s'appliquer aux brevets locaux qui resteraient valables sur leurs territoires respectifs. Par exemple, si un objet était exclu de la brevetabilité en

vertu d'une législation locale, il ne serait pas protégé sur tout le territoire couvert par cette législation⁵⁵.

Une technique ayant fait l'objet d'une cyber-publication au plan international appartiendrait à l'état de la technique vis-à-vis de tout dépôt postérieur dans le cadre des systèmes locaux de brevets. Parallèlement, la nouveauté présumée de la technique, objet d'une cyber-publication mondiale, ne détruirait éventuellement pas la nouveauté d'une technique, objet d'une demande de brevet antérieure auprès d'autorités locales, même dans l'hypothèse où cette cyber-publication aurait précédé la divulgation de la demande⁵⁶. Ce résultat ne compromettrait pas nécessairement le filet de sécurité que constitueraient pendant cinq ans les interdictions et autres mesures de protection des techniques qui seraient objets de la cyber-publication. Une telle protection serait basée sur l'existence de moyens d'actions semblables pour des techniques sub-brevetables, ces moyens ne préjugant pas de la nouveauté au sens absolu du terme⁵⁷. À titre d'exemple, la protection d'un droit sur un dessin industriel impliquerait sa nouveauté, le cas échéant limitée au seul objet porté par ce dessin à la connaissance du public⁵⁸.

50. Une nouvelle règle de priorité mondiale, adaptée à l'univers des cyber-publications instantanées sur Internet, doit-elle être créée ? V. le texte accompagnant la note n° 56 ci-dessous. La période de priorité d'un an fixée par la Convention de Paris était bien sûr adaptée au contexte des dépôts qui, à l'époque, étaient le plus souvent faits l'un après l'autre, en allant d'un pays à l'autre. V. Convention de Paris, art. 4 ; Traité de coopération en matière de brevets, art. 8.

51. Pour une analyse comparée v. C. R. Barbosa, *From Brussels to The Hague – The Ongoing Process Towards Effective Multinational Patent Enforcement*, [2001] 32 *IIC* 729.

52. Il est fait référence aux articles 31 *sq.* de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 relative à la compétence judiciaire et à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, et non à l'article 22(4) du règlement du Conseil (EC) 44/2001 (*JOCE* 2001, L 12), qui remplace cette convention.

53. Il s'agit de la Convention du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

54. V. texte accompagnant les notes n° 42 à 49 ci-dessus.

55. À titre d'exemple v. *Harvard College v. Canada* (Commissioner of Patents), Cour suprême (Canada), 5 déc. 2002, cite n° 2002 SCC 76, dossier n° 28155 : <http://www.lexum.umontreal.ca/csc-cc/en/rev/html/harvard.en.html>

56. Ceci signifie, d'un point de vue « défensif », que la cyber-publication mondiale ne rentrerait pas forcément dans l'état de la technique lors de l'examen d'une demande antérieure, mais non encore divulguée. Dans une approche « offensive », la demande antérieure pourrait dans certains systèmes prendre le pas sur la cyber-publication. V. États-Unis, Patent Act, 35 USC § 102(e). Il faut tenir un certain compte du droit de priorité accordé par la convention de Paris dans ce cas. V. note n° 50 ci-dessus.

57. V. texte accompagnant les notes n° 35 à 38 ci-dessus.

58. V. règlement du conseil (EC) juin 2002, art. 5 (*JOCE* 2002, L 3).

Enfin, on peut s'interroger sur l'opportunité du maintien de plusieurs systèmes complexes d'enregistrement pour les dessins, les modèles d'utilité et autres techniques sub-brevetables. Le régime provisoire que nous proposons pour les brevets pourrait, à long terme, être coordonné avec un système de cyber-publication comparable qui, lui, serait adapté aux techniques sub-brevetables. L'articulation des droits respectivement conférés à des techniques brevetables et sub-brevetables dans un régime unique, faciliterait le règlement des différends portant sur des redevances dans tout domaine où ces deux types de droits seraient applicables⁵⁹.

C. L'harmonisation des jurisprudences

L'harmonisation internationale des divers systèmes de droit des brevets fait penser à la Quête du Saint-Graal⁶⁰. On pourrait supposer que le régime provisoire n'apportera pas d'amélioration sur ce point : en effet ses procédures seraient décentralisées et réparties entre les divers offices de brevets, la responsabilité de statuer sur les questions de fond revenant aux tribunaux et aux instances de règlement des différends. Cette solution constituerait un compromis apportant une réponse à la question de savoir si l'harmonisation du droit au niveau mondial compromet les compétences ou l'expérimentation à l'échelon local⁶¹.

Dans quelle mesure les systèmes peuvent-ils encore être harmonisés ? À cet égard, l'expérience européenne dans le domaine des brevets est édifiante. Les Européens ont régionalisé les procédures de délivrances de brevets et donné des instructions à leurs tribunaux en vue d'harmoniser leurs interprétations tant du droit des brevets que des litiges qui en découlent⁶². Il y a environ une décennie, certains tribunaux européens ont prononcé des jugements extrêmement divergents dans des affaires quasiment identiques, vraisemblablement en raison de profondes différences dans leurs méthodologies juridiques⁶³. Les jugements rendus dans des affaires récentes montrent que les tribunaux tiennent aujourd'hui davantage compte de la nécessité d'interpréter le droit des brevets en vue de « renforcer la coopération entre les signataires de la Convention » (sur le brevet européen)⁶⁴.

Le régime provisoire pourrait, de la même façon, contribuer à une harmonisation « au coup par coup » de la jurisprudence. Considérons, dans le domaine des droits de brevets, des termes clés tels que « idées abstraites », « théories scientifiques », « exercice d'activité intellectuelle », « caractère technique », « activité inventive », etc. Les difficultés d'éclairer ces notions trahissent les incertitudes mettant en cause les distinctions et critères de la brevetabilité, aggravant donc sur le plan conceptuel la crise des droits de brevet. Rien ne garantit que les rédacteurs des traités internationaux ou les législateurs nationaux soient à même de dissiper

ces incertitudes grâce à de simples formules⁶⁵. Nous pensons qu'il conviendrait de laisser aux tribunaux et aux instances de règlement des différends le soin d'instruire ces questions. Avec le temps, et l'expérience, ils pourraient parfois parvenir à des solutions adéquates, voire convergentes⁶⁶.

Revenons aux considérations d'ordre pratique devant être prise en compte par un tribunal confronté à une demande d'interdiction provisoire dans une affaire de contrefaçon transfrontalière. Le juge des référés devant statuer rapidement dans une telle affaire, est confronté à des difficultés compte tenu de la diversité des différentes lois applicables aux faits en cause sur de multiples territoires, s'agissant de rapporter la preuve de la contrefaçon⁶⁷. Investi du pouvoir d'appréciation pour répondre aux cas urgents, le juge pourrait formuler des mesures d'interdiction à partir d'une interprétation harmonisée des lois applicables, ne serait-ce qu'en présumant celles-ci conformes à des normes régionales ou internationales communes⁶⁸. Pour ce qui est des redevances, les instances de règlement des dif-

59. V. le texte accompagnant la note n° 49 ci-dessus.

60. Pour des points de vue différents, v. le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets, Doc. A/37/6, 19 août 2002, p. 5-6 : http://www.wipo.int/tire/document/govbody/wo_gh_ab/pdl/a37_6.pdf; C. Berman, Moving the Patent Process into the 21st century : *Managing Intellectual Property* mars 1997, p. 24.

61. Pour une analyse critique v. J. F. Duffy, Harmony and Diversity in Global Patent Law, [2002] 17 *Berkeley Technology Law Journal* 685.

62. Pour une vue d'ensemble v. Dieter Stauder, The History of Art. 69(1) EPC and Art. 8(3) Strasbourg Convention on the Extent of Patent Protection, [1992] 23 *IIC* 311.

63. V. l'analyse de B. Sherman, Patent Claim Interpretation : The Impact of the Protocol on Interpretation, [1991] 54 *Modern Law Review* 499.

64. *Pharmacia Corporation v. Merck & Co., Inc.*, CA (Civil Division) (U.K.), 14 déc. 2001, [2001] EWCA Civ 1610, § 159 (L. J. Arden.).

65. V. les analyses critiques de D. Burk et M. A. Lemley, note n° 8 ci-dessus ; A. Newell, The Models Are Broken, The Models Are Broken !, [1986] 47 *University of Pittsburgh Law Review* 1023.

66. V. T. Takenaka, Harmonizing the Japanese Patent System with Its US Counterpart Through Judge-Made Law : Interaction Between Japanese and US Case Law Developments, [1998] 7 *Pacific Rim Law & Policy Journal* 249 ; G. B. Dinwoodie, International Intellectual Property Litigation : A Vehicle for Resurgent Comparativist Thought ? [2001] 49 *American Journal of Comparative Law* 429.

67. Concernant le choix de législation dans ce cas, v. P. E. Geller, International Intellectual Property, Conflicts of Laws, and Internet Remedies [2000] *EIPR* 125.

68. V. l'exemple de *Applied Research Systems Holding N.V. v. Organon*, CA, La Haye (Pays-Bas), 3 févr. 1994, traduction anglaise in [1997] 28 *IIC* 558. Les interdictions, qui ne seraient applicables qu'en cas de contrefaçon servile dans le cadre du régime provisoire, ne devraient pas poser de problèmes d'équivalence ou de validité, points sur lesquels une harmonisation des droits s'avérerait difficile. V. le texte accompagnant les notes n° 40-44 et 51 ci-dessus.

férends auraient la possibilité d'harmoniser les normes appropriées par le biais de décisions qui, contrairement aux sentences arbitrales, ne seraient pas confidentielles. La jurisprudence de ces instances pourrait donc être éventuellement révisée à la lumière tant de la doctrine que des décisions des tribunaux⁶⁹.

D. Langues, litiges et détails à régler

En quelles langues le régime provisoire devrait-il fonctionner ? Il pourrait être requis de l'auteur d'une cyber-publication de formuler des informations essentielles en un code linguistiquement neutre et d'en présenter un abrégé dans une langue couramment utilisée. Les informations, ainsi que l'abrégé, permettraient aux chercheurs de décider de l'opportunité d'une traduction intégrale d'une cyber-publication donnée⁷⁰.

L'absence de délivrance formelle d'un brevet dans le cadre du régime provisoire, engendrerait-elle une multiplication des poursuites judiciaires ? Ce régime faciliterait les actions demandant l'interdiction provisoire d'actes de contrefaçon seulement dans un nombre très limité de cas, surtout à l'égard des contrefacteurs serviles des techniques protégées. Le fait qu'une entreprise ait pris le risque de se voir condamner à des sanctions pour s'être appropriée une technique de façon parasitaire et sans le consentement du titulaire des droits, peut être considéré comme révélateur de la rentabilité de la technique protégée. Afin d'exploiter sans délai ce potentiel commercial, les apporteurs de contributions à la technique en cause auraient tout intérêt à parvenir à un compromis. Le régime provisoire inciterait ces derniers à parvenir à un accord à l'amiable, tout en les guidant dans le règlement des différends portant sur les redevances⁷¹.

Dans tout régime provisoire, il reste des détails à régler. Par exemple, comment les cyber-publications comportant des erreurs, ou celles dépassées par les résultats des recherches ultérieures, pourraient-elles être corrigées ou modifiées ? Certains lecteurs pourraient être tentés de voir dans ces questions non encore résolues l'occasion de compliquer nos propositions. Les solutions visant des détails complexes, telles que la normalisation des références relatives à l'état de la technique ou la négociation des amendements requis, exigent du temps et de l'argent. Les procédures supplémentaires, génératrices de frais accrus, pourraient faire l'objet de compléments proposés, le cas échéant, par les administrations chargées de la recherche. Par ailleurs, tout tiers aurait la faculté d'afficher, sur le Web, des oppositions contre les techniques faisant l'objet de cyber-publications. Toute partie poursuivie ou impliquée dans un litige pourrait ensuite aisément localiser et invoquer ces oppositions⁷².

Conclusion

Pourquoi utiliserait-on le régime provisoire ? Considérons le phénomène de « la publication défensive ». Compte tenu

des frais élevés qu'implique l'obtention des brevets dans le cadre de l'ancien régime, beaucoup d'entreprises divulguent leurs techniques pour enrichir l'état de la technique et, ainsi, empêcher leurs concurrents de les breveter⁷³. En procédant à la cyber-publication de leurs techniques dans le cadre du régime provisoire, les innovateurs pourraient poursuivre un même but, celui d'enrichir l'état de la technique, tout en se réservant le bénéfice des possibilités de protection offertes par ce régime. Ils auraient accès à des moyens d'actions pour faire interdire la contrefaçon de leurs techniques à l'échelle internationale et aux procédures de règlement rapide des différends portant sur les redevances ; en outre, ils ne perdraient pas leurs chances d'obtenir des brevets au plan local. Grâce au nombre croissant de divulgations, le public bénéficierait d'un apport accru de nouvelles innovations ayant des effets bénéfiques pour la recherche.

Si nous sommes livrés à cet essai spéculatif, ce n'est pas uniquement pour proposer aux inventeurs de nouvelles options au plan international. Nous souhaitons aussi susciter une réflexion sur l'avenir de plus en plus incertain des brevets. Chaque fois que nous évoquons l'« ancien régime » des brevets, nous avons également à l'esprit l'ancien régime politique à l'aube de la Révolution française. À l'instar de ce que fut le sort de l'ancien régime politique français dans l'histoire, l'ancien régime des brevets court le risque de voir ses utilisateurs refuser de payer les frais sans cesse plus importants exigés pour maintenir, sinon élaborer, des formalités bien enracinées. Bien qu'utopique, notre essai spéculatif nous paraît plus réaliste que les tentatives enracinées. Bien qu'utopique, notre essai spéculatif nous paraît plus réaliste que les tentatives compliquées d'extension au plan international des anciennes formalités.

69. À cet égard, le régime provisoire suivrait le régime de résolution des différends applicables aux noms de domaine. V. l'analyse de L. R. Helfer et G. B. Dinwoodie, *Designing Non-National Systems : The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, [2001] 43 *William and Mary Law Review* 141.

70. Il pourrait être prévu une obligation de procéder à des cyber-publications dans une ou plusieurs langues de procédure. V. *Traité de coopération en matière de brevets*, art. 3(4)(i) ; Règlements du PCT, règle n° 12.

71. Pour les raisons d'affaires incitant les entreprises à négocier des accords en matière de brevets, v. P. C. Grindley et D. J. Teece, *Managing Intellectual Capital : Licensing and Cross-Licensing in Semiconductors and Electronics*, [1997] 39 *California Management Review* 8.

72. Le régime provisoire ne prévoyant pas la délivrance de brevets, il ne donne pas lieu à des problèmes d'opposition pré- et post-délivrance. V. l'analyse de J. P. Kesan, *Carrots and Sticks to Create a Better Patent System*, [2002] 17 *Berkeley Technology Law Journal* 763.

73. V. <https://my.ip.com/?ipcomAffiliate=derwent>. V. l'analyse approfondie de O. Bar-Gill et G. Parchomovsky, *The Value of Giving Away Secrets*, Harvard Law School, Law & Economics Discussion Paper 417, avr. 2003 : http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=404260 et http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/