

Table des matières

SOMMAIRE	7
LISTE DES ABRÉVIATIONS	9
INTRODUCTION	15
I. L'apparition progressive de la notion de brevetabilité.....	17
II. Le nouveau contexte économique et technologique.....	24
III. Incidence de la nouvelle donne économique et technologique sur la notion de brevetabilité.....	32

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉLARGISSEMENT DU DOMAINE DE LA BREVETABILITÉ

TITRE 1 – L'EXTENSION DE LA NOTION D'INVENTION	41
CHAPITRE I – UNE EXTENSION LIÉE À L'IMPRÉCISION DE LA NOTION	43
SECTION 1 – LE CONTENU MAL DÉFINI DE L'INVENTION	43
§ 1. La lacune législative	44
A. L'absence de définition positive de l'invention dans la loi.....	44
B. Les catégories d'invention brevetable	47
1. Invention de produit.....	47
2. Invention de procédé	48
§ 2. Les développements jurisprudentiels et doctrinaux : conséquences de l'imprécision législative	48
A. La construction jurisprudentielle de la notion d'invention.....	49
1. La jurisprudence de l'OEB.....	49
2. La jurisprudence française.....	50
B. Les tentatives de définitions doctrinales	51
1. Les définitions données par la doctrine.....	51
a. Indépendance de la définition de l'invention et des conditions de brevetabilité.....	52
b. L'effort intellectuel et l'appartenance au domaine de l'industrie ou de la technique	53
c. La notion de règle technique.....	54
2. Autres éléments pour la proposition d'une définition de l'invention	55
a. Retour sur la réalité factuelle à protéger : l'innovation...55	
α) L'invention : une étape du processus d'innovation....56	
β) L'hétérogénéité du processus d'innovation.....59	

b. La nature téléologique de la définition de l'invention	64
3. Proposition d'une définition	66
SECTION 2 – LA NATURE CONTESTÉE DE L'INVENTION.....	67
§ 1. L'INVENTION ENVISAGÉE COMME UNE CONDITION DE BREVETABILITÉ.....	68
A. L'approche de l'OEB.....	68
1. La position de l'OEB.....	68
2. L'influence mitigée de l'OEB sur les juges français	69
B. L'approche de la doctrine.....	71
1. Une condition	71
2. Une condition particulière	72
§ 2. L'invention envisagée comme l'objet du droit de brevet.....	72
A. Une approche qui s'impose « en termes d'exigence intellectuelle »	72
B. Une approche en accord avec le nouvel article 52, paragraphe 1, de la CBE	74
CONCLUSION DU CHAPITRE I	76
CHAPITRE 2 – UNE EXTENSION LIÉE AU RATTACHEMENT À LA TECHNIQUE	77
SECTION 1 – L'ÉVOLUTION DE LA TECHNIQUE.....	78
§ 1. La vision traditionnelle de la technique : le matériel et le mécanique....	78
A. La technique.....	79
B. La technique protégée par le droit des brevets.....	79
§ 2. La vision contemporaine de la technique : l'apparition de nouvelles technologies	82
A. Présentation des nouvelles technologies.....	82
1. Les biotechnologies	82
2. Les technologies de l'information et de la communication....	83
3. Les nanotechnologies.....	84
B. Particularités des nouvelles technologies.....	85
SECTION 2 – L'ÉVOLUTION DU LIEN ENTRE LA TECHNIQUE ET L'INVENTION	88
§ 1. Du caractère industriel à l'application industrielle	88
A. Le caractère industriel	88
1. Un objet industriel.....	89
2. Une application industrielle	89
3. Un résultat industriel.....	90
B. Passage à une exigence réduite : la condition d'application industrielle	91
1. Exigence d'une réalisation pratique dans le domaine de l'industrie.....	91
2. Abandon de l'exigence de résultat	92
§ 2. De la condition d'application industrielle à l'exigence de caractère technique.....	94
A. La disparition de la condition d'application industrielle	95

1. La rareté du contentieux en matière d'application industrielle.....	95
a. La rareté du contentieux.....	96
b. Le contentieux de l'insuffisance de description.....	96
2. Les particularités de l'application de la condition dans le cas des biotechnologies.....	99
B. L'apparition de l'exigence de caractère technique.....	102
1. L'application industrielle et le caractère technique.....	102
2. Le contenu de l'exigence de caractère technique.....	103
a. Le fondement de l'exigence.....	103
b. Les éléments composant le caractère technique de l'invention.....	105
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	108
CONCLUSION DU TITRE 1	109
TITRE 2 – LE RECU DES EXCLUSIONS	111
CHAPITRE I – LE RECU DE L'EXCLUSION DES CRÉATIONS INTERVENANT DANS DES DOMAINES NON TECHNIQUES	113
SECTION 1 – LES EXCLUSIONS NIÉES.....	113
§ 1. Les découvertes.....	114
A. La distinction traditionnelle entre l'invention et la découverte.....	114
1. La confusion présente dans les premières lois.....	114
a. Protection des inventions et des découvertes.....	114
b. Protection des seules inventions.....	115
2. La consécration de la distinction.....	116
B. La remise en cause de la distinction par les biotechnologies.....	117
§ 2. Les programmes d'ordinateur.....	120
A. Le principe de l'exclusion des programmes d'ordinateur.....	120
1. Définition d'un programme d'ordinateur.....	121
2. Historique de l'exclusion du logiciel du domaine de la brevetabilité.....	122
B. La remise en cause de l'exclusion des logiciels.....	123
1. L'évolution de la Jurisprudence de l'OEB.....	124
a. L'approche de la contribution technique à l'art antérieur.....	124
b. L'approche des considérations techniques dans la mise en œuvre de l'invention.....	126
c. L'approche de l'effet technique supplémentaire.....	126
d. L'échec des tentatives de clarification.....	129
2. L'évolution de la jurisprudence américaine.....	131
C. Vers une « re-découverte » de l'exclusion des logiciels ?.....	133
1. Aux États-Unis : la décision <i>Alice</i>	133

2. En France : la décision <i>Orange c/ Free</i>	134
SECTION 2 – LES EXCLUSIONS AFFAIBLIES.....	136
§ 1. Les créations esthétiques.....	136
A. L'exclusion des créations purement esthétiques.....	136
B. La brevetabilité des créations présentant des aspects techniques et esthétiques.....	137
§ 2. Les présentations d'informations.....	139
§ 3. Les méthodes de commerce.....	140
A. Définition des « méthodes de commerce » et enjeux de leur brevetabilité.....	141
B. La situation en Europe.....	145
C. La situation aux États-Unis.....	146
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	149

CHAPITRE 2 – LE REcul DE L'EXCLUSION DES CRÉATIONS INTERVENANT

DANS DES DOMAINES « NON MARCHANDS ».....	151
SECTION 1 – LE SORT DES EXCLUSIONS DANS LE DOMAINE DE LA SANTÉ.....	152
§ 1. La suppression de l'exclusion de la seconde application thérapeutique.....	152
A. L'origine de l'exclusion de la seconde application thérapeutique.....	152
B. La recherche doctrinale des fondements de l'exclusion.....	154
C. La contestation de l'exclusion de la seconde application thérapeutique.....	155
D. La remise en question de l'exclusion par l'OEB.....	156
E. La consécration de la jurisprudence par la révision de la CBE.....	157
§ 2. Le maintien de l'exclusion des méthodes de traitement thérapeutique.....	158
A. Les méthodes de traitement thérapeutique.....	159
B. Les méthodes de traitement chirurgical.....	160
C. Les méthodes de diagnostic.....	164
SECTION 2 – LES EXCLUSIONS DANS LE DOMAINE DES BIOTECHNOLOGIES.....	166
§ 1. Les exclusions expresses dans le domaine du vivant.....	167
A. Les variétés végétales.....	167
1. Le principe du non-cumul du certificat d'obtention végétale et du brevet.....	168
2. Le recul de l'exclusion.....	170
B. Les races animales.....	173
1. Les premières décisions en matière de brevetabilité du règne animal.....	173

a. Les premières décisions sur la brevetabilité des animaux aux États-Unis.....	174
b. La brevetabilité des animaux transgéniques en Europe	175
2. La situation actuelle.....	176
C. Les procédés essentiellement biologiques	177
1. Définition des procédés essentiellement biologiques.....	177
2. Contournement de l'exclusion	178
D. Le corps humain	180
§ 2. L'exclusion des inventions contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs et à la dignité de la personne humaine	186
A. L'évolution de la notion d'ordre public et de bonnes mœurs	187
B. L'étendue de l'exclusion.....	189
C. Les exclusions spéciales liées à l'ordre public et aux bonnes mœurs.....	191
1. L'exclusion des inventions nécessitant la destruction d'embryons humains.....	192
a. La brevetabilité de principe des cellules-souches	193
b. La définition de l'embryon humain donnée par la CJUE.....	194
c. L'exclusion de la brevetabilité des inventions utilisant des embryons humains et des procédés entraînant leur destruction.....	196
2. Les procédés de clonage et de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain.....	198
3. Les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal.....	199
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	201
CONCLUSION DU TITRE 2	202
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	203

SECONDE PARTIE

L'ASSOUPLISSEMENT DES CONDITIONS DE BREVETABILITÉ

TITRE 1 – L'ASSOUPLISSEMENT DE LA CONDITION DE NOUVEAUTÉ	209
CHAPITRE I – UN ÉTAT DE LA TECHNIQUE RESTREINT	211
SECTION 1 – L'ÉTENDUE DE L'ÉTAT DE LA TECHNIQUE	213
§ 1. Le principe : la nécessité de l'accessibilité au public	213
A. Accessibilité matérielle : contact avec le public.....	213
1. Le public	213
2. L'accessibilité.....	217

B.	Accessibilité intellectuelle : possibilité pour l'homme du métier de reproduire l'invention	218
1.	La suffisance de la divulgation...	219
2.	... un critère plus ou moins sévère en fonction de la complexité de l'invention	220
C.	Une accessibilité au public facilitée par internet	221
§ 2.	L'exception : extension artificielle de l'état de la technique aux demandes de brevets non publiées	223
A.	Le problème de la « double brevetabilité »	223
B.	Les solutions	224
1.	Les solutions envisageables : « <i>whole content approach</i> » et « <i>prior-claim approach</i> »	225
2.	Les solutions retenues	225
SECTION 2 –	LE CONTENU DE L'ÉTAT DE LA TECHNIQUE	228
§ 1.	Les divulgations destructrices de nouveauté	228
A.	L'établissement du rapport de recherche lors de la procédure d'examen	228
B.	Indifférence de la forme des divulgations destructrices de nouveauté	229
1.	Divulgation par tout moyen	229
2.	Caractère certain de l'antériorité	232
C.	Interrogations sur le contenu des divulgations destructrices de nouveauté	234
1.	La nature	234
2.	Les informations non-techniques	235
§ 2.	Les divulgations non destructrices de nouveauté	236
A.	Les divulgations non destructrices de nouveauté du fait de la loi	236
1.	Les divulgations résultant d'un abus évident à l'égard de l'inventeur	237
2.	Les divulgations résultant de la participation à une exposition	237
3.	Les divulgations couvertes par un droit de priorité	238
B.	Les difficultés pratiques d'accès aux antériorités lors de l'examen de la brevetabilité	239
1.	Les difficultés liées à la complexité croissante des demandes dans les nouveaux champs de la technique et à l'abondance d'informations	239
a.	Pluridisciplinarité et complexité : l'exemple des nanotechnologies	239
b.	La « technique de papier »	240
2.	Les difficultés liées à la mondialisation du système des brevets	241

a. La biopiraterie.....	241
b. Les solutions mises en place : l'exemple de l'Inde	244
CONCLUSION DU CHAPITRE I	245
CHAPITRE 2 – LA COMPARAISON STRICTE DE L'INVENTION À L'ÉTAT DE LA TECHNIQUE	247
SECTION 1 – LES CRITÈRES GÉNÉRAUX D'APPRÉCIATION DE LA NOUVEAUTÉ	248
§ 1. La recherche d'une différence quelconque.....	248
A. L'appréciation de la condition de nouveauté avant l'introduction de la condition d'activité inventive : la recherche d'une « nouveauté brevetable »	249
1. La théorie des équivalents	249
2. La théorie de l'emploi nouveau de moyens connus.....	250
3. La théorie de la juxtaposition	250
B. L'appréciation de la condition de nouveauté depuis l'introduction de la condition d'activité inventive	251
§ 2. L'exigence d'une antériorité « de toutes pièces ».....	252
A. Conséquences de l'exigence d'une antériorité de « toutes pièces ».....	253
B. Choix des éléments de la comparaison	255
SECTION 2 LES CRITÈRES PARTICULIERS D'APPRÉCIATION DE LA NOUVEAUTÉ.....	257
§ 1. La nouveauté des inventions de produit	257
A. La nouveauté des inventions de produit : principe.....	257
B. La nouveauté des inventions de produit : cas particulier des inventions de sélection.....	259
C. La nouveauté des inventions de produit : le cas particulier des inventions biotechnologiques	261
§ 2. La nouveauté des inventions de procédé	262
A. La nouveauté des inventions de procédé : le principe	262
B. La nouveauté des inventions d'application : une variété d'invention de procédé.....	263
§ 3. La nouveauté des inventions de combinaison	265
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	268
CONCLUSION DU TITRE 1	269
TITRE 2 – L'ASSOUPLISSEMENT DE LA CONDITION D'ACTIVITÉ INVENTIVE	271
CHAPITRE I – LES LEVIERS DE L'ASSOUPLISSEMENT DE LA CONDITION D'ACTIVITÉ INVENTIVE	275
SECTION 1 – LE CARACTÈRE RELATIF DE LA NOTION DE NON-ÉVIDENCE	276
§ 1. La recherche de la non-évidence à partir de la comparaison de l'invention à l'état de la technique.....	277
A. L'état de la technique.....	277
1. La composition de l'état de la technique.....	277
2. La prise en compte globale de l'état de la technique	278
B. L'invention	279

1.	L'invention telle que revendiquée	279
2.	Prise en compte des seules caractéristiques techniques	280
3.	Prise en compte de la structure ou de la fonction	280
§ 2.	La recherche de la non-évidence pour l'homme du métier	283
A.	L'homme du métier	283
1.	L'homme du métier : un personnage de référence	283
2.	L'homme du métier : un technicien de plus en plus qualifié	286
B.	La non-évidence	288
1.	La non-évidence : une notion difficile à cerner	288
2.	L'utilisation d'indices	290
a.	Les Indices tendant à prouver la non-évidence	290
α)	Les indices principaux	291
β)	Les indices complémentaires	294
b.	Les indices tendant à prouver l'évidence	295
SECTION 2 –	L'APPROCHE « PROBLÈME-SOLUTION » DE L'OEB : UNE MÉTHODE ARTIFICIELLE	297
§ 1.	Les modalités de l'approche « problème-solution »	297
A.	Les étapes de l'approche problème-solution	298
a.	Détermination de l'état de la technique le plus proche	298
b.	Identification du problème technique objectif résolu par l'invention	299
c.	Examen de la non-évidence de l'invention	300
B.	L'approche « <i>could-would</i> »	301
§ 2.	Le caractère artificiel de l'approche problème-solution	302
CONCLUSION DU CHAPITRE I	304
CHAPITRE 2 – LES MODALITÉS D'APPRÉCIATION FAVORISANT L'ASSOUPLISSEMENT	305
SECTION 1 –	UNE MÉFIANCE HISTORIQUE ENVERS UN CRITÈRE CONSIDÉRÉ COMME SUBJECTIF	305
§ 1.	L'activité inventive en droit comparé avant 1968	305
A.	Le niveau inventif en droit allemand	306
B.	L'activité inventive en droit américain	306
§ 2.	L'activité inventive en droit français avant 1968	307
A.	Rejet d'un critère dit subjectif	307
1.	Le rejet du critère par la jurisprudence	307
2.	Le rejet du critère par la doctrine majoritaire	310
B.	Nécessité de reconnaître un critère inhérent à la nature de l'invention	311
§ 3.	L'introduction de la condition d'activité inventive par la réforme de 1968	312
A.	Les raisons de la réforme : harmonisation et rehaussement du seuil de brevetabilité	312
B.	Le texte adopté	313
C.	La présentation de l'activité inventive comme une condition objective de brevetabilité	313

SECTION 2 – LA FAIBLESSE DE L’EXAMEN DE L’ACTIVITÉ INVENTIVE PRÉALABLE	
À LA DÉLIVRANCE DU BREVET.....	315
§ 1. Éléments de procédure de délivrance des brevets.....	316
A. La procédure française : le choix d’un système de délivrance sans examen préalable des conditions de brevetabilité.....	316
B. La procédure européenne : une procédure incluant des phases permettant l’examen de l’activité inventive.....	318
1. L’examen des conditions de brevetabilité par les examinateurs de brevets.....	318
2. Les possibilités d’intervention des tiers pendant la procédure	320
a. La procédure d’opposition	320
b. Le mécanisme de l’article 115 de la CBE.....	322
§ 2. La faible qualité des brevets délivrés	323
A. Les coûts liés à la prolifération de brevets de faible qualité.....	323
1. La notion de qualité d’un brevet	323
2. Le coût social de la délivrance de brevets de mauvaise qualité	325
B. Les remèdes à envisager.....	326
1. L’élévation du seuil d’activité inventive requis.....	326
2. Amélioration de l’examen de l’activité inventive avant la délivrance du brevet.....	329
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	332
CONCLUSION DU TITRE 2	333
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	335
CONCLUSION GÉNÉRALE	337
INDEX	341
BIBLIOGRAPHIE	345
Ouvrages généraux.....	345
Ouvrages spéciaux	345
Ouvrages en anglais.....	349
Thèses et monographies.....	350
Articles.....	351
Articles en anglais.....	359
Actes de colloques.....	368
Documents institutionnels.....	369
Documents non juridiques.....	369
Table chronologique de jurisprudence.....	371
TABLE DES MATIÈRES	383