

# L'invention brevetable : fondement de toute réflexion sur la protection des innovations technologiques

Autor(en): **Joye, Charles**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Revue économique et sociale : bulletin de la Société d'Etudes Economiques et Sociales**

Band (Jahr): **67 (2009)**

Heft 3: **Entrepreneuriat : innovation et croissance ; Ethique et brevets d'invention : quelles responsabilités?**

PDF erstellt am: **22.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-142307>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# L'INVENTION BREVETABLE: FONDEMENT DE TOUTE RÉFLEXION SUR LA PROTECTION DES INNOVATIONS TECHNOLOGIQUES

CHARLES JOYE

BMP Associés Lausanne

Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne

charles.joye@bmp.ch

> Stimuler la créativité exige une protection efficace des investissements nécessaires aux inventions. Les innovations récentes, notamment biotechnologiques, interrogent les notions fondamentales du système des brevets et, au-delà, l'équilibre qu'il tend à réaliser, notamment en ce qui concerne la prise en compte de l'intérêt général. Ces interrogations exigent la clarification du concept d'invention brevetable. Cet article aborde les définitions et enjeux de ce concept lorsqu'il est appliqué aux résultats de la science moderne.

*«Découvrir quelque chose, c'est percevoir le premier ce qui était déjà là, par exemple l'Amérique, la force magnétique qui se dirige vers le pôle, l'électricité atmosphérique. Inventer quelque chose, c'est faire venir à la réalité ce qui n'était pas encore là, par exemple l'aérostat.»*

Kant, Anthropologie du point de vue pragmatique

Mots-clés: droit, éthique, innovation, invention, brevet, intérêt commun

La recherche d'une protection adéquate de l'innovation technologique traduisant un juste équilibre entre l'intérêt particulier de l'inventeur et l'intérêt général exige de comprendre la notion d'invention brevetable. Les récents débats sur la protection des innovations biotechnologiques illustrent l'importance de cette notion: ils montrent que les malentendus qui l'entourent sont à l'origine de nombreuses peurs, dont celle que le système des brevets permettrait n'importe quelle appropriation.

## PROBLÉMATIQUE

Les développements scientifiques et technologiques soulèvent parfois d'importantes réflexions éthiques, économiques, sociales ou culturelles. C'est le cas lorsque ces développements paraissent susceptibles d'influencer voire de bouleverser nos modes de vie et nos rapports sociaux.

Face à ces développements, l'ordre juridique est appelé à réaliser des objectifs contradictoires. D'un côté, il doit les permettre et les favoriser, notamment en assurant la protection

des investissements nécessaires à les promouvoir. D'un autre, il doit garantir le respect des valeurs, libertés et droits fondamentaux.

Dans ce contexte, la propriété intellectuelle joue un rôle significatif, dans la mesure où elle fixe le cadre dans lequel la technologie se crée, se protège et s'exploite, à travers le système des brevets d'invention, qui est en prise directe et peut avoir un impact important sur les activités de recherche et d'innovation technologique.

Récemment, le système des brevets a dû répondre à l'émergence de nouvelles technologies qui n'existaient pas au moment où il a été conçu, notamment dans les domaines de la génétique et de l'informatique. Ces nouvelles technologies ont posé la question de l'adéquation du système des brevets à répondre au besoin de protection dans ces nouveaux domaines, notamment sous l'angle de la prise en compte de l'intérêt général.

Conçu pour encourager l'investissement dans la recherche et la diffusion des connaissances par l'octroi d'un monopole bien défini à l'inventeur, le système des brevets a connu une évolution notamment marquée par l'extension de son champ de protection à de nouvelles technologies et par le renforcement de certaines prérogatives de l'inventeur.

Cette évolution a fait craindre pour la liberté de la recherche et, parfois, pour le bien-être alimentaire et sanitaire du plus grand nombre et des plus défavorisés, ce d'autant que cette évolution s'est accompagnée dans certains cas de tentatives de «détournements» du système des brevets tendant à la création de monopoles sur des objets de plus en plus larges, parfois à l'échelle mondiale. Ainsi, le système des brevets a été amené à appréhender, étendre et adapter son champ de protection à certaines innovations biotechnologiques. La biologie et la génétique sont en effet entrées dans le domaine de la technique et de l'industrie avec des innovations qui permettent une exploitation toujours plus étendue des mécanismes vitaux, notamment du corps humain.

L'examen des réglementations adoptées dans ce domaine montre que, pour l'essentiel et sous réserve de quelques exclusions spécifiques, elles ne font que «cristalliser» les acquis développés par la pratique et la jurisprudence en application des notions et critères «classiques» de brevetabilité, qui ont été interprétés et adaptés aux besoins de protection nés des nouvelles technologies.

Il en va ainsi de la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, entrée en vigueur le 30 juillet 2000 puis, en Suisse, de la dernière révision de la Loi fédérale sur les brevets d'invention du 16 décembre 2005, entrée en vigueur le 13 décembre 2007.

L'histoire de cette Directive montre que dix ans se sont écoulés entre la publication de sa première version et l'adoption de sa version définitive. Elle montre surtout que, bien davantage que les débats qui ont entouré l'adoption d'autres textes concernant l'encadrement juridique des biotechnologies, ceux qui ont entouré l'élaboration de cette Directive sont ceux qui ont, de loin, suscité le plus de passions et de controverses.

D'aucuns ont relevé de façon un peu «piquante» au sujet de certaines réflexions «bioéthiques» qu'elles sont souvent «vides de science juridique, riches d'ignorance de la jurisprudence et des principes fondamentaux du droit», et que si ces éléments avaient été rappelés, partagés, certaines réflexions n'auraient peut-être pas eu besoin d'exister. C'est certainement vrai de certaines réflexions qui ont entouré l'adoption des textes relatifs aux inventions biotechnologiques.

En effet, de façon un peu étonnante, le brevet est devenu le «symbole» des nouveaux pouvoirs biotechnologiques inédits de l'homme sur l'homme et sur la nature. La création de ce «symbole» est en partie due à certains «raccourcis» terminologiques rappelés comme des slogans, puisque le brevet sur l'invention biotechnologique est peu à peu devenu le «brevet sur le vivant».

La création de ce symbole résulte surtout des malentendus qui entourent la notion d'invention brevetable. Ce sont ces malentendus qui sont à l'origine de beaucoup de peurs, fantasmes et croyances selon lesquels le système des brevets permettrait n'importe quelle appropriation, à n'importe quelles conditions, n'importe quelle exploitation, qui, dans certains cas, ont conduit à une véritable «diabolisation» et à un rejet injustifié du système des brevets.

Au moment d'engager une réflexion «éthique» sur la problématique des nouvelles technologies et des brevets d'invention, d'aborder des questions sur les responsabilités des inventeurs et des entrepreneurs, sur l'enthousiasme et la réprobation soulevés par les brevets, sur les enjeux sociaux, économiques, éthiques et environnementaux qui peuvent leur être attachés, ce sont ces malentendus qu'il convient de dissiper en premier lieu, en rappelant ce qu'est l'invention brevetable.

## INTRODUCTION

Définir l'invention brevetable, c'est répondre aux questions suivantes: Qu'est-ce qu'un brevet d'invention, quelle est sa fonction? Quel est l'objet de la protection conférée par le brevet, qu'est-ce qui peut être protégé au moyen du brevet? Quelles sont les conditions à remplir pour bénéficier de cette protection? Quelles sont les exclusions ou les exceptions à la brevetabilité?

### 1. NOTION ET FONCTION DU BREVET D'INVENTION

Le brevet est un *certificat officiel* par lequel l'État accorde à l'inventeur le *droit exclusif* d'exploiter son invention pendant une période limitée. Cette exclusivité prend fin à l'expiration d'une durée de vingt ans à compter du dépôt de la demande de brevet. Une fois que l'exclusivité a pris fin, le brevet tombe dans le domaine public, ce qui signifie que l'invention peut alors être exploitée librement par quiconque. Le brevet doit décrire l'invention avec une précision suffisante pour qu'un homme du métier puisse la réaliser et la reproduire à partir de cette description.

Le système des brevets tend à réaliser un *équilibre* entre les intérêts particuliers et l'intérêt général: le brevet procure à l'inventeur une exclusivité sur l'exploitation de son invention pendant vingt ans, durant lesquels il peut amortir ses frais de recherche et de développement; en contrepartie de cette protection de ses investissements, l'inventeur rend son invention publique, qui vient enrichir les connaissances techniques de la collectivité, permettre et favoriser de nouveaux développements. Notons que la délivrance d'un brevet n'implique pas l'autorisation d'exploiter l'invention qui en est l'objet, qui doit être examinée au regard d'autres législations.

La protection par le brevet s'oppose à la protection par le *secret*. La protection par le secret est une protection de fait, sous réserve des règles juridiques qui protègent un secret contre sa divulgation par une personne qui a l'obligation de le garder. La protection par le secret

n'est efficace que si l'invention peut être maintenue secrète. Si le secret peut être connu par l'analyse du produit, il peut ensuite être divulgué licitement sitôt que le produit a été mis sur le marché, même s'il faut le démonter pour en percer le secret.

## 2. L'INVENTION

L'objet de la protection du brevet est l'invention, qui se définit comme une *règle technique*, comme un enseignement décrivant les opérations à effectuer pour obtenir un certain effet technique. En d'autres termes, l'invention est la solution sous forme de règle à un problème technique.

La *technique* englobe tous les moyens et procédés servant à la fabrication de produits industriels ou d'art appliqué. La technique a ainsi pour objet la combinaison d'éléments ou de forces naturelles en vue de la production d'un effet physique ou chimique donné. On définit aussi l'invention comme une règle d'utilisation des forces de la nature. La biologie appartient aussi au domaine de la technique au sens du droit des brevets, sous réserve des exclusions prévues par la loi.

Ne font pas partie de la technique ainsi définie ni par conséquent du domaine de la brevetabilité, les *découvertes et théories scientifiques* en elles-mêmes. En revanche, leur application pratique peut constituer une invention. Ainsi, la découverte dans la nature d'une substance jusque-là inconnue ou la découverte d'une propriété nouvelle d'une substance connue n'ont, en soi, aucun effet technique et ne constituent pas une invention. En revanche, si cette nouvelle substance ou cette propriété nouvelle peuvent être utilisées à des fins pratiques, cela peut constituer une invention brevetable. Par exemple, une séquence génique ou une séquence génique partielle existant à l'état naturel n'est en soi pas brevetable; en revanche, une séquence dérivée d'une séquence génique ou d'une séquence génique partielle existant à l'état naturel peut constituer une invention brevetable lorsqu'elle est préparée techniquement, que sa fonction est décrite concrètement.

De même, sont exclues de la technique les *indications à l'esprit humain*, telles que les méthodes de calcul, de comptabilité, de sténographie, d'enseignement, de publicité, les tests psychologiques, les règles d'un jeu, la présentation d'informations, ainsi que les programmes d'ordinateur, en tant que tels.

En revanche, un *programme d'ordinateur* peut être brevetable dans la mesure où il a un effet technique, c'est-à-dire dans la mesure où il contribue à la solution d'un problème technique. Cette contribution technique doit aller au-delà des interactions «normales» entre logiciel et matériel: il faut un effet technique supplémentaire pour conférer un caractère technique à un programme d'ordinateur; cet effet peut, par exemple, résider dans le contrôle d'un processus industriel, le traitement de données représentant des entités physiques ou le fonctionnement interne de l'ordinateur proprement dit ou de ses interfaces sous l'influence du programme; il peut avoir une incidence sur l'efficacité ou la sécurité d'un procédé, sur la gestion des ressources informatiques nécessaires ou bien encore sur le débit de transfert des données dans une liaison de communication.

Il découle de la définition de l'invention comme une *règle technique* que son exécution doit toujours conduire au même résultat. Cela suppose que l'invention décrite permette à l'homme du métier de parvenir au résultat visé en appliquant le comportement décrit. Cette exigence de *reproductibilité* a conduit à exclure du domaine des inventions brevetables les

nouvelles sélections animales ou végétales, qui font l'objet d'un régime de protection spécifique, en raison du caractère quelque peu aléatoire de ces procédés de sélection. La situation a cependant évolué avec les progrès du génie génétique, puisqu'ils permettent de parvenir à des résultats déterminés et reproductibles. Aussi, si les variétés végétales et les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux sont exclus de la brevetabilité, sont en revanche brevetables les procédés microbiologiques ou d'autres procédés techniques, les produits ainsi obtenus et les inventions qui portent sur des plantes ou des animaux et dont la faisabilité technique n'est pas limitée à une variété végétale ou à une race animale.

### 3. LES CONDITIONS DE BREVETABILITÉ

Pour être brevetable, c'est-à-dire pour donner lieu à un brevet valable, l'invention doit revêtir certaines qualités. Elle doit à la fois être nouvelle, ne pas découler d'une manière évidente de l'état de la technique et être utilisable industriellement.

#### 3.1. La nouveauté

L'invention est nouvelle lorsqu'elle n'est pas comprise dans l'état de la technique, qui se définit comme ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen.

La nouveauté s'examine ainsi par rapport à l'*état de la technique*. Il s'agit d'un examen objectif, qui implique une comparaison avec un état existant. L'invention n'est pas nouvelle si elle a été rendue accessible au public avant la date de dépôt de la demande (ou de priorité). Peu importe qu'elle soit effectivement connue à cette date par une ou plusieurs personnes: il suffit qu'elle ait été rendue accessible au public, objectivement.

L'exigence de nouveauté est *absolue* en ce sens que les antériorités opposables ne sont pas limitées à un territoire, à une époque ou à des moyens déterminés. Ainsi, l'invention n'est pas nouvelle si elle a été rendue accessible au public, que ce soit en Suisse ou à l'étranger, même si la divulgation remonte à plusieurs siècles, et quel que soit le moyen par lequel le public a pu avoir accès à l'invention (description écrite ou orale, etc.). L'état de la technique comprend ainsi toutes les connaissances techniques rendues accessibles au public quels que soient le lieu de la divulgation (la Suisse ou l'étranger), le moment (même si elle a eu lieu il y a très longtemps), la langue, le moyen (description écrite ou orale, usage ou tout autre moyen) et la personne qui l'a commise.

L'invention est rendue accessible au public si elle a été divulguée à un cercle de personnes *illimité ou indéterminé*; si l'invention a pu parvenir à la connaissance d'un nombre important de personnes, elle sera divulguée à moins qu'il ne s'agisse de personnes astreintes au secret. La divulgation sera destructrice de nouveauté seulement si elle est suffisamment complète et explicite pour permettre à un homme du métier d'exécuter la règle technique exposée. Enfin, la nouveauté n'est détruite que si tous les éléments constitutifs de l'invention se retrouvent dans une *seule antériorité*.

#### 3.2. L'activité inventive

Pour qu'une invention soit brevetable, il faut encore qu'elle procède d'une certaine activité inventive: l'invention ne doit pas découler d'une manière évidente de l'état de la technique.

Autrement dit, elle doit non seulement être nouvelle, mais encore être distincte de ce qui découle «logiquement» de l'état de la technique pour un homme du métier normalement formé.

La protection du droit des brevets ne peut ni ne doit être accordée aux inventions qui, tout en étant nouvelles, ne seraient que le résultat d'une utilisation «judicieuse» de l'état de la technique, sans qu'elles réalisent une avancée ou un progrès particuliers. L'invention brevetable doit donc aller au-delà de la nouveauté, franchir un seuil supplémentaire, qui est l'exigence de «non-évidence» de l'invention.

Les termes «non évident» ne doivent pas être compris dans leur sens usuel. En droit des brevets, «évident» se réfère à ce qui ne va pas au-delà du progrès normal de la technique, mais ne fait que découler manifestement et logiquement de l'état de la technique, c'est-à-dire qui ne suppose pas une qualification ou une habileté plus poussée que celle qu'on est en droit d'attendre d'un *homme du métier*.

Pour savoir si une invention remplit les exigences de nouveauté et d'activité inventive, on la compare avec l'état de la technique – on détermine ainsi la nouveauté – puis on observe si un homme du métier aurait pu réaliser l'invention, grâce à un effort intellectuel modeste, à partir des antériorités (faisant partie de l'état de la technique) qu'il connaît ou est censé connaître.

L'application du critère de la non-évidence fait ainsi intervenir la notion d'homme du métier. Cet homme du métier n'est cependant ni l'inventeur, ni un tiers déterminé: il est une «abstraction» utile à la définition de la non-évidence, qui constitue un critère de nature objective. Il s'agit de savoir si une invention ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique. La démarche consiste à imaginer si un spécialiste aurait pu réaliser l'invention, sans ingéniosité particulière, à partir des antériorités (faisant partie de l'état de la technique) qu'il connaît ou est censé connaître. On dira ainsi de l'homme du métier qu'il est un spécialiste de la branche en question ou du domaine concerné (celui du problème résolu par l'invention), jouissant d'une formation et d'une expérience normales pour sa spécialité. Il n'est pas censé connaître tout ce qui se trouve dans l'état de la technique.

### 3.3. L'application industrielle

Pour être brevetable, l'invention doit être susceptible d'application industrielle; en d'autres termes, son objet doit pouvoir être fabriqué ou utilisé industriellement, y compris dans l'agriculture.

## 4. EXCEPTIONS À LA BREVETABILITÉ

Certaines inventions sont exclues de la brevetabilité quand bien même elles rempliraient les conditions générales de la brevetabilité que nous avons examinées ci-dessus sous chiffre 3. Ainsi, ne peuvent être brevetés: les *méthodes de traitement* chirurgical ou thérapeutique et les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal; les *variétés végétales et races animales*, ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux; sont toutefois brevetables, les procédés microbiologiques, ou d'autres procédés techniques, les produits ainsi obtenus et les inventions qui portent sur des plantes ou des animaux et dont la faisabilité technique n'est pas limitée à une variété végétale ou à une race animale.

Par ailleurs, de manière générale, ne peuvent être brevetées, les inventions dont la mise en œuvre porterait atteinte à la dignité humaine ou à l'intégrité des organismes vivants, ou serait d'une autre manière contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

À ce titre, aucun brevet n'est délivré notamment pour les procédés de clonage d'êtres humains et les clones ainsi obtenus, les procédés de formation d'êtres mixtes recourant à des gamètes humains, à des cellules totipotentes humaines ou à des cellules souches embryonnaires humaines, et les êtres ainsi obtenus, les procédés de parthénogenèse recourant à du matériel germinale humain et les parthénotes ainsi obtenus, les procédés de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain et les cellules germinatives ainsi obtenues, les cellules souches et les lignées de cellules souches d'embryons humains non modifiées, l'utilisation d'embryons humains à des fins non médicales, les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances, sans que des intérêts prépondérants dignes de protection le justifient, et les animaux issus de tels procédés.

L'exception d'ordre public et de bonnes mœurs reflète et réalise l'articulation nécessaire du droit des brevets avec le reste de l'ordre juridique, plus précisément avec le respect des principes fondamentaux qui traversent tous les «compartiments» de l'ordre juridique. Cette exception signifie que l'État ne peut ni ne doit protéger, encourager, soutenir ou favoriser des activités qui sont contraires à ses valeurs et principes fondamentaux. En effet, pour des raisons de cohérence, l'État ne peut «récompenser» des inventeurs indécents en leur accordant la protection du brevet, ce non seulement lorsque l'exploitation de leur invention s'avérerait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, mais aussi, selon nous, lorsque le développement de l'invention s'appuierait sur des actes contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Il résulte de cette exception que le système des brevets ne bénéficie d'aucune «immunité» au sein de l'ordre juridique: il n'est *pas un instrument éthiquement «neutre»* de la promotion technologique.

## 5. EN GUISE DE CONCLUSION

Face aux développements scientifiques et technologiques, l'ordre juridique est appelé à réaliser des objectifs parfois contradictoires: d'un côté, il doit permettre et favoriser ces développements en assurant la protection des investissements nécessaires à leur promotion, à travers la propriété intellectuelle et le système des brevets; d'un autre, il doit garantir le respect des valeurs, libertés et droits fondamentaux.

L'émergence de nouvelles technologies qui n'existaient pas au moment où le système des brevets a été conçu a rendu certaines adaptations nécessaires, à savoir l'extension de son champ de protection à de nouveaux objets, qui s'est accompagnée d'un renforcement de certaines prérogatives. Cette évolution a fait craindre la création de monopoles sur des objets de plus en plus larges, parfois à l'échelle mondiale.

Ces évolutions récentes du système des brevets font se demander s'il faut continuer de prôner le renforcement des droits intellectuels au motif qu'ils seraient indispensables au «progrès» dans une société moderne, qu'ils reflèteraient une réalité qu'on ne peut contourner, qu'ils sont nécessaires à armer utilement l'Europe et la Suisse face à leurs concurrents ou, au contraire, s'il convient d'être prudent et de considérer l'éventuel danger que représente cette

tendance sur la liberté du marché, la circulation du savoir et le respect de la vie, sur l'enseignement et la santé publique.

Toute réflexion «éthique» tendant à la recherche d'une protection adéquate de l'innovation technologique traduisant un juste équilibre entre les intérêts particuliers des inventeurs et l'intérêt général exige en premier lieu une bonne compréhension des notions et critères de base du système des brevets, c'est-à-dire de l'invention brevetable, véritable «pierre angulaire» du système des brevets.