

Rapport Q180

au nom du Group français

Le contenu et la pertinence des critères de l'application industrielle et/ou de l'utilité comme conditions de brevetabilité

Questions

1. Quelle est la situation dans votre pays?

1.1 *Votre pays connaît-il l'application industrielle ou l'utilité comme condition supplémentaire de brevetabilité en dehors de la nouveauté et de l'activité inventive?*

1.1.1) Exigence d'application industrielle

Le droit positif français comporte la condition d'application industrielle, qui est exprimée par l'article L. 611-10 du Code de la Propriété Intellectuelle.

Ce texte dispose:

"1° Sont brevetables les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle".

Cette rédaction a été introduite par la loi du 13 juillet 1978, qui avait pour objet de mettre le droit français en conformité avec la Convention sur le Brevet Européen.

Les dispositions du droit interne français sont ainsi conformes à celles de l'article 52, paragraphe 1, de la Convention sur le Brevet Européen.

Elles sont conformes à celles de la Convention de Strasbourg du 27 novembre 1963 sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention.

Il existe assez peu de jurisprudence française sur les textes actuels et cette jurisprudence sera analysée dans les développements plus spécifiquement consacrés à la définition de la notion d'application industrielle.

1.1.2) Absence de condition d'utilité

Il est généralement admis en France que la condition d'application industrielle se distingue nettement de la condition d'utilité, que le droit français ne connaît pas et qui ne se superpose pas à celle d'application industrielle.

1.1.3) Condition d'application industrielle et exclusions de brevetabilité

Il est à noter que les dispositions relatives à l'exigence d'application industrielle sont indépendantes, au moins d'un point de vue formel, des exclusions de brevetabilité énumérées par l'article L. 611-10, paragraphes 2 et 3, du Code de la Propriété Intellectuelle (qui est conforme à l'article 52, paragraphes 2 et 3 de la Convention sur le Brevet Européen):

"2° Ne sont pas considérées comme des inventions au sens du premier alinéa du présent article notamment:

- a) *les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques;*
- b) *les créations esthétiques;*
- c) *les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs;*
- d) *les présentations d'informations.*

3° Les dispositions du 2° du présent article n'excluent la brevetabilité des éléments énumérés auxdites dispositions que dans la mesure où la demande de brevet ou le brevet ne concerne que l'un de ces éléments considéré en tant que tel."

Les dispositions relatives à la condition d'application industrielle sont également indépendantes des dispositions de l'article L. 611-17 du Code de la Propriété Intellectuelle et de l'article 53, paragraphe b), de la Convention sur le Brevet Européen qui déclarent non brevetables les variétés végétales, les races animales, les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux.

L'article L. 611-17, paragraphe a), du Code de la Propriété Intellectuelle déclare également non brevetables, au titre de l'ordre public, *"le corps humain, ses éléments et ses produits ainsi que la connaissance de la structure totale ou partielle d'un gène humain" "en tant que tels"*.

En matière de biotechnologie, la directive européenne du 6 juillet 1998, dont les dispositions suffisamment précises pour être applicables sont d'effet direct en France en l'attente de sa transposition en droit français, définit la matière biologique brevetable dans des termes excluant les découvertes mais sans recourir *expressis verbis* à la notion d'application industrielle qui relève du droit général des brevets.

L'article 3, alinéa 2, de cette directive prévoit en effet qu'un produit naturel ne peut pas être revendiqué en soi et dans son état naturel, mais qu'il est brevetable dès qu'un procédé technique intervient pour l'isoler ou pour produire une matière biologique:

"Une matière biologique isolée de son environnement naturel ou produite à l'aide d'un procédé technique peut être l'objet d'une invention, même lorsqu'elle préexistait à l'état naturel".

Par contre, cette même directive prévoit, dans son article 5, alinéa 3, qu'une séquence de gène n'est brevetable que si une application industrielle est exposée concrètement dans la demande de brevet:

"3. L'application industrielle d'une séquence ou d'une séquence partielle d'un gène doit être concrètement exposée dans la demande de brevet."

Ces dispositions de la Directive ont été intégrées dans la règle 23 sexies du règlement d'exécution de la Convention sur la délivrance de brevets européens.

1.2 *Comment cela satisfait-il aux accords ADPIC?*

Le droit interne français et le droit issu de la Convention sur le Brevet Européen paraissent tous deux satisfaire aux exigences de l'article 27 des accords ADPIC, la condition d'application industrielle étant admise par ce texte comme suffisante pour la conformité des législations des états contractants.

2. Application industrielle

2.1 Comment est définie l'application industrielle?

Il convient de présenter successivement:

- la définition légale de l'application industrielle, tant dans le Code de la Propriété Intellectuelle qui s'applique aux brevets français, que dans la Convention sur le Brevet Européen qui s'applique à la partie française des brevets européens (2.1.1.),
- l'évolution des dispositions légales relatives à l'application industrielle en droit français (2.1.2.),
- le contenu de la condition d'application industrielle selon la doctrine et la jurisprudence française (2.1.3.).

2.1.1) Définition légale de l'application industrielle

En droit français, l'application industrielle est définie légalement par l'article L. 611-15 du Code de la Propriété Intellectuelle:

“Une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture.”

L'article R. 612-12 du Code précise que la description doit contenir l'indication du domaine technique auquel se rapporte l'invention et l'indication de la manière dont elle est susceptible d'application industrielle, si cette application ne résulte pas à l'évidence de la description ou de la nature de l'invention.

L'article L. 611-16 du Code fournit une liste, non limitative, d'inventions non susceptibles d'application industrielle au sens de l'article L. 611-10:

- *“les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal, et*
- *les méthodes de diagnostic appliquées au corps humain ou animal”.*

L'article L. 611-16 exclut expressément de son champ d'application les produits, notamment substances ou compositions, pour la mise en œuvre de l'une de ces méthodes.

Les dispositions précitées du Code de la Propriété Intellectuelle sont conformes aux dispositions de la Convention sur le Brevet Européen, qui sont applicables à la partie française d'un brevet européen:

- l'article précité L. 611-15 du Code de la Propriété Intellectuelle définit l'application industrielle exactement dans les mêmes termes que l'article 57 de la Convention sur le Brevet Européen,
- l'article L. 611-16 du Code de la Propriété Intellectuelle est identique à l'article 52, paragraphe 4, de la Convention sur le Brevet Européen.

Il échet cependant de noter que la Convention sur le Brevet Européen telle que révisée en novembre 2000 diffère de la version actuellement en vigueur, notamment en ce que les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique et les méthodes de diagnostic sont désormais visées dans l'article 53, paragraphe c), ce qui signifie qu'elles sont désormais traitées comme des éléments exclus de la brevetabilité et non plus comme des inventions non susceptibles d'application industrielle.

Le Traité de Washington sur le brevet PCT, qui est applicable aux demandes de brevet PCT désignant la France, contient des dispositions similaires à celles des articles L. 611-15 du Code de la Propriété Intellectuelle et 57 de la Convention sur le Brevet Européen dans son article 33.4:

“Aux fins de l’examen préliminaire international, l’invention dont la protection est demandée est considérée comme susceptible d’application industrielle si, conformément à sa nature, elle peut être produite ou utilisée (au sens technologique) dans tout genre d’industrie. Le terme “industrie” doit être compris dans son sens le plus large, comme dans la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle.”

Pour une meilleure compréhension de la portée des dispositions françaises précitées, il est utile de rappeler l’historique de la condition d’application industrielle.

2.1.2) Évolution des dispositions légales relatives à l’application industrielle en droit français

La loi du 5 juillet 1844 prévoyait la nullité des brevets portant *“sur des principes, méthodes, systèmes, découvertes et conceptions théoriques ou purement scientifiques, dont on n’a pas indiqué les applications industrielles”* (article 30, paragraphe 3).

Selon la loi du 2 janvier 1968, l’invention, pour être brevetable, devait avoir *“un caractère industriel”* (article 6).

Cette même loi définissait la condition de caractère industriel dans son article 7, alinéa 1 :

“Est considérée comme industrielle, toute invention concourant dans son objet, son application et son résultat, tant par la main de l’homme que par la machine, à la production de biens ou de résultats techniques”.

Elle fournissait une liste non limitative d’inventions ne constituant pas des inventions industrielles dans son article 7, alinéa 2 :

“Ne constituent pas, en particulier, des inventions industrielles :

- 1) Les principes, découvertes et conceptions théoriques ou purement scientifiques;*
- 2) Les créations de caractère exclusivement ornemental;*
- 3) Les méthodes financières ou comptables, les règles de jeux et tous autres systèmes de caractère abstrait, et notamment les programmes ou séries d’instructions pour le déroulement des opérations d’une machine calculatrice,*
- 4) Les obtentions végétales d’un genre ou d’une espèce bénéficiant du régime de protection institué par la loi n° 70-489 du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales.”*

Ainsi, l’invention devait être industrielle dans son objet, son application et son résultat :

- l’invention industrielle dans son objet s’entendant de l’invention se situant dans le domaine de l’industrie, par opposition aux créations artistiques ou ornementales (d’où la non brevetabilité des dessins et modèles industriels), cette exigence expliquant également, selon certains auteurs comme Albert Chavanne¹, la non brevetabilité des programmes d’ordinateur,
- l’invention industrielle dans son application s’entendant d’une invention susceptible de réalisation industrielle, c’est-à-dire, selon les termes employés par Paul Mathély, une invention dont l’objet peut être fabriqué ou utilisé industriellement,

¹ *Droit de la propriété industrielle*, Albert Chavanne et Jean-Jacques Burst, page 33.

- l'invention industrielle dans son résultat s'entendant de l'invention procurant un effet premier d'ordre technique; selon une formule consacrée par la jurisprudence, *"le résultat industriel que doit procurer une invention pour être brevetable, est essentiellement constitué par l'effet technique que produit un moyen déterminé dans la fonction qui lui est assignée"* (TGI Paris, 3^{ème} Chambre, 25 juin 1973, PIBD 1973, n° 115-III-381).

La loi du 13 juillet 1978 n'a donc retenu que l'une des trois exigences posées par la loi de 1968 au titre du caractère industriel, à savoir l'application industrielle, qui est définie par l'article L. 611-15 du Code de la Propriété Intellectuelle comme la simple possibilité de fabriquer ou d'utiliser l'objet de l'invention dans tout genre d'industrie.

Par ailleurs, les inventions qui étaient déclarées non industrielles dans la loi du 2 janvier 1968 sont traitées par la loi du 13 juillet 1978 comme des innovations exclues du champ de la brevetabilité.

2.1.3) Contenu de la condition d'application industrielle selon la doctrine et la jurisprudence française

L'analyse de la condition d'application industrielle en droit français passe par la définition:

- du terme "industrie" (2.1.3.1.),
- et de la notion d'application (2.1.3.2.).

2.1.3.1) Définition du terme "industrie"

Le terme *"industrie"* doit être compris de façon très large.

La principale question est de savoir si ce terme vise non seulement les activités d'ordre technique mais également les activités commerciales.

Selon Paul Mathély, *"le mot industrie doit être pris dans sa signification première et non pas dans le sens que lui donne la langue économique ou juridique"*².

Selon lui, l'industrie s'entend *"de toute action de l'homme pour façonner et utiliser la nature et la matière"*.

Selon les directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office Européen des Brevets, *"le terme "industrie" doit être pris au sens large, comme l'exercice de toute activité physique de caractère technique (cf. IV, 1.2) c'est-à-dire une activité qui relève du domaine des arts mécaniques par opposition aux beaux-arts"* (C.IV.4.1, page 64).

Il semble cependant se dégager un courant majoritaire en faveur d'une interprétation du terme *"industrie"* couvrant également les activités commerciales, voire toutes activités lucratives.

En effet, la plupart des auteurs font référence, pour le sens le plus large à donner au terme *"industrie"*, aux dispositions de l'article 1, paragraphe 3, de la Convention de Paris:

"La propriété industrielle s'entend dans l'acception la plus large et s'applique non seulement à l'industrie et au commerce proprement dits, mais également au domaine des industries agricoles et extractives et à tous produits fabriqués ou naturels, par exemple: vins, grains, feuilles de tabac, fruits, bestiaux, minéraux, eaux minérales, bières, fleurs, farines".

Pour l'Office Européen des Brevets, il semble que le terme industrie recouvre toute entreprise, voire tout exercice ininterrompu et indépendant d'une activité avec un but lucratif.

² Le nouveau droit français des brevets d'invention, Paul Mathély, page 119.

Le Professeur Frédéric Pollaud-Dulian³ cite, à cet égard, l'exemple d'une méthode concernant l'utilisation d'un certain produit anorexigène sur des animaux ou des humains, pour améliorer l'esthétique du sujet par perte de poids: ladite méthode est reconnue susceptible d'application industrielle par l'Office Européen des Brevets *“puisque aussi bien l'invention en cause peut être utilisée par des entreprises dont l'objet consiste à embellir le corps humain ou animal. Des entreprises de ce genre dans le domaine des soins esthétiques, comme par exemple les instituts de beauté, font partie de l'industrie au sens de l'article 57 CBE, puisque la notion même d'industrie implique l'exercice ininterrompu et indépendant d'une activité avec un but lucratif”* (Chambre de Recours Technique, 27 mars 1986, T 144/83, JO OEB septembre 1986, page 301; PIBD 1986, n° 401-III-410).

Les Professeurs Jean Foyer et Michel Vivant vont tout aussi loin puisqu'ils estiment que *“le mot industrie est pris au sens latin du terme (“industria”) qui est celui d'activité humaine”* et se réfèrent à la définition du terme “industrie” dans le Littré: *“nom sous lequel on comprend toutes les opérations qui concourent à la production des richesses: l'industrie agricole, l'industrie commerciale et l'industrie manufacturière”*⁴.

Au vu de ce qui précède, l'industrie semble bien couvrir tout ce qui ne relève pas de la sphère du strictement privé et non commercial.

De ce fait, la référence à l'industrie ne semble pas réellement discriminante.

2.1.3.2) Définition de la notion d'application

Selon l'article L. 611-15 du Code de la Propriété Intellectuelle, il suffit, pour que l'exigence d'application industrielle soit satisfaite, que l'objet de l'invention puisse être fabriqué ou utilisé dans n'importe quel genre d'industrie.

L'objet de l'invention peut être fabriqué lorsqu'il revêt la forme d'un produit ou d'un dispositif.

Il peut être utilisé quand il possède des propriétés lui permettant d'obtenir un effet technique premier.

Jean-Marc Mousseron cite cet exemple évoqué lors des travaux de la Conférence de Washington: *“Un scalpel utilisé en chirurgie, par exemple, ne peut être “utilisé” dans l'industrie, mais il peut être “produit” industriellement”*⁵.

L'invention susceptible d'application dans l'industrie est celle qui appartient au domaine des réalisations, par opposition au domaine des abstractions, des idées, des méthodes intellectuelles ou encore les découvertes scientifiques prises en elles-mêmes.

L'invention susceptible d'application industrielle s'oppose donc aux principes abstraits, dont elle est une application concrète et pratique (Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} Chambre, 24 septembre 1984, Annales de la propriété industrielle 1985, page 103).

Selon la formule de Jean-Marc Mousseron, approuvée par le Professeur André Lucas, l'invention susceptible d'application industrielle s'entend de l'invention *“immédiatement opérationnelle”*⁶.

Le Professeur André Lucas ne craint cependant pas d'affirmer que l'existence d'un résultat industriel reste devoir être prise en compte, à défaut de quoi la condition d'application industrielle se trouverait privée de toute substance.

Cette affirmation paraît pourtant contraire à la définition légale de l'application industrielle.

³ *Droit de la propriété industrielle*, Frédéric Pollaud-Dulian, page 90.

⁴ *Le droit des brevets*, Jean Foyer et Michel Vivant, pages 131 et 132.

⁵ Cité par Jean-Marc Mousseron, *Traité des brevets*, Jean-Marc Mousseron, page 241, OMPI, Actes de la Conférence de Washington, Genève 1976, page 610.

⁶ *Jurisclasseur Brevets*, fascicule 4230, n° 19.

2.2 Quelle est la pertinence de l'application industrielle et comment cela influe-t-il sur les procédures de délivrance?

L'article L. 612-12 du Code de la Propriété Intellectuelle qui prévoit les motifs de rejet par l'Institut national de la propriété industrielle d'une demande de brevet vise, entre autres:

- dans son paragraphe 4, toute demande *“qui a pour objet une invention manifestement non brevetable en application de l'article L. 611-17”*,
- dans son paragraphe 5, toute demande *“dont l'objet ne peut manifestement être considéré comme une invention au sens de l'article L. 611-10, deuxième paragraphe, ou comme une invention susceptible d'application industrielle au sens de l'article L. 611-16.”*

L'article 97 de la Convention sur le Brevet Européen prévoit qu'une demande de brevet européen est rejetée si elle ne satisfaisait pas aux conditions prévues par la Convention sur le Brevet Européen, soit des motifs de rejet plus nombreux que pour l'Institut national de la propriété industrielle et incluant le défaut d'application industrielle.

Ainsi, lors de la procédure d'examen de la demande de brevet, français ou européen, la condition d'application industrielle fait partie des critères étudiés par l'examineur.

Il apparaît que la majorité des cas de rejet pour défaut d'application industrielle correspond à des inventions relatives à des méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique, ou des méthodes de diagnostic.

Il s'agit là des cas de défaut d'application industrielle définis respectivement par les articles L. 611-16 du Code de la Propriété Intellectuelle et 52, paragraphe 4, de la Convention sur le Brevet Européen.

Les autres cas de rejet pour défaut d'application industrielle sont particulièrement peu nombreux et semblent inférieurs à dix par an pour l'Institut national de la propriété industrielle.

On peut donc affirmer que le critère d'application industrielle n'est que très peu utilisé pour rejeter des demandes de brevets, en dehors des cas de méthodes thérapeutiques ou de diagnostic.

Un cas particulier est celui des inventions dites de “mouvement perpétuel”, ou plus généralement des inventions “contraires aux lois de la physique”.

Bien que de telles inventions ne puissent pas *“être fabriquées ou utilisées dans tout genre d'industrie”* et qu'elles puissent donc être rejetées pour défaut d'application industrielle, l'Office Européen des Brevets les rejette le plus souvent pour insuffisance de description sur le fondement de l'article 83 de la Convention sur le Brevet Européen, au motif que le mémoire descriptif ne contient pas suffisamment d'informations pour permettre à l'homme du métier de réaliser l'invention.

Il échet cependant de relever que l'Institut national de la propriété industrielle n'a pas le pouvoir de rejeter une demande de brevet français pour insuffisance de description: une demande de brevet français portant sur une invention de mouvement perpétuel ne peut être rejetée par l'Institut national de la propriété industrielle que pour défaut manifeste d'application industrielle.

Il faut encore noter que plusieurs dizaines de rejets sont prononcés par an au motif que l'invention appartient aux catégories d'innovations explicitement exclues du champ de la brevetabilité.

Il s'agit principalement de *“plans principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques”*, ou de *“présentations d'informations”* (Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} Chambre, 10 janvier 2003, PIBD 2003, 760-III-145, sur recours de la société Sagem contre la décision du Directeur de l'Institut national de la propriété industrielle de rejeter une demande de brevet au motif qu'elle porte sur une méthode exclue du domaine de la brevetabilité).

Pourtant, dans de nombreux cas, ces innovations peuvent être utilisées dans l'industrie, de sorte qu'en absence d'exclusions légales explicites, l'existence d'une application industrielle pourrait être reconnue.

En résumé, hormis les méthodes chirurgicales, thérapeutiques ou de diagnostic, les cas de rejet pour seul défaut d'application industrielle sont particulièrement rares.

2.3 *Comment est traitée l'application industrielle dans les procédures concernant la validité des brevets?*

2.3.1) Procédure d'opposition devant l'Office Européen des Brevets exclusivement à l'encontre des brevets européens

Il échet de rappeler qu'il n'existe pas de procédure d'opposition contre les brevets français. Les seuls brevets destinés à avoir effet en France qui sont susceptibles d'opposition sont les brevets européens désignant la France, ce dans les conditions prévues par la Convention sur le Brevet Européen.

Le défaut d'application industrielle fait partie des motifs possibles d'opposition puisque l'article 100, paragraphe a), de la Convention sur le Brevet Européen, prévoit comme motifs d'opposition le fait que l'objet du brevet ne soit pas brevetable aux termes des articles 52 à 57.

2.3.2) Contentieux national de la validité

Le défaut d'application industrielle constitue l'un des motifs d'annulation prévus par l'article L. 613-25 du Code de la Propriété Intellectuelle pour un brevet français et par l'article L. 614-12 du même Code pour la partie française d'un brevet européen.

L'examen de la jurisprudence française permet de distinguer les différents cas de figure dans lesquels le défaut d'application industrielle est invoqué.

Cette étude casuistique conduit à s'interroger sérieusement sur la pertinence de la condition d'application industrielle.

2.3.2.1) Inventions déclarées par la loi non susceptibles d'application industrielle

Un premier cas de figure concerne l'application de l'article L. 611-16 du Code de la Propriété Intellectuelle et de l'article 52, paragraphe 4 de la Convention sur le Brevet Européen qui déclarent non brevetables, pour défaut d'application industrielle, les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique et les méthodes de diagnostic.

Ces exclusions de brevetabilité pourraient cependant être prévues indépendamment de la condition d'application industrielle.

Selon de nombreux auteurs, tels que Jean-Marc Mousseron⁷, les Professeurs Jean Foyer⁸, Michel Vivant⁹ et Frédéric Pollaud-Dulian¹⁰, la non brevetabilité de ces méthodes serait mieux justifiée par l'exclusion générale de brevetabilité de toute méthode posée par l'article L. 611-10, paragraphe c); il serait également envisageable d'en faire un domaine exclu de la brevetabilité au sens de l'article L. 611-17 du Code de la Propriété Intellectuelle, comme cela est prévu dans la version de la Convention sur le Brevet Européen de novembre 2000, qui n'est pas encore en vigueur.

⁷ *Traité des brevets*, Jean-Marc Mousseron, pages 243 et 244.

⁸ *Le droit des brevets*, Jean Foyer et Michel Vivant, page 131.

⁹ *Le droit des brevets*, Jean Foyer et Michel Vivant, page 131.

¹⁰ *Droit de la propriété industrielle*, Frédéric Pollaud-Dulian, pages 91 et 92.

2.3.2.2) Exclusions de brevetabilité

Un second cas de figure concerne les exclusions de brevetabilité énumérées par le Code de la Propriété Intellectuelle (articles L. 611-10, paragraphes 2 et 3 et L. 611-17) et par la Convention sur le Brevet Européen (articles 52, paragraphes 2 et 3, et 53, paragraphe b).

La jurisprudence française récente compte une décision admettant la validité de la partie française d'un brevet européen portant sur une méthode et un dispositif pour la distribution de bons de réduction, au regard de l'exclusion de brevetabilité des méthodes de l'article 52, paragraphes 2 et 3 de la Convention sur le Brevet Européen (TGI Paris, 3^{ème} Chambre, 21 juin 2002, PIBD 2002, n° 760-III-146).

Le fait que cette décision ne fasse nullement référence à la condition d'application industrielle, mais seulement à la non brevetabilité d'une méthode économique en tant que telle selon l'article 52, paragraphes 2 et 3, de la Convention sur le Brevet Européen, tend à confirmer la parfaite autonomie de ces deux motifs d'annulation.

Cette distinction entre la condition d'application industrielle et l'exigence d'une innovation ne faisant pas partie de la liste des exclusions de brevetabilité a déjà été soulignée par la Chambre de Recours Technique de l'Office Européen des Brevets dans sa décision T 953/94 du 15 juillet 1996.

Cette conclusion semble pouvoir être étendue à toutes les exclusions de brevetabilité instaurées par les articles L. 611-10 et L. 611-17 du Code de la Propriété Intellectuelle sans rattachement à la condition d'application industrielle.

2.3.2.3) Moyens abstraits

Un troisième cas de figure, qui se rapproche du second, concerne les brevets portant sur des moyens abstraits.

La jurisprudence française a eu l'occasion d'utiliser l'application industrielle comme fondement d'annulation de revendications portant sur un moyen abstrait, par opposition à un moyen concret permettant d'obtenir le résultat recherché (Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} Chambre, 27 mars 2002, PIBD 2002, n° 750-III-421, qui retient que *"la présente invention n'appartient pas au domaine des abstractions mais porte bien sur un dispositif susceptible d'être mis en œuvre dans l'industrie et qui l'a effectivement été"*; Cour d'Appel de Lyon, 20 décembre 1990, Annales de la propriété industrielle 1991, page 34, qui retient que le déposant est parti d'une idée et d'une méthode abstraite mais qu'il ne s'y est pas arrêté, qu'il a breveté un moyen concret permettant d'obtenir le résultat recherché et que ce moyen a un effet technique).

Il semble cependant que la nullité de revendication portant sur des moyens abstraits ne permettant pas d'obtenir le résultat recherché découle également de la non brevetabilité des méthodes en tant que telles et de l'exigence de suffisance de description.

2.3.2.4) Inventions non suffisamment décrites

Il est frappant de constater que, dans un grand nombre de décisions, la discussion relative à l'application industrielle est tout à fait similaire à celle qui pourrait avoir lieu sur le fondement de la suffisance de description, sous une seule réserve: la suffisance de description est appréciée au regard de l'homme du métier, alors que l'application industrielle est appréciée dans l'absolu.

Il convient de distinguer le cas des décisions concernant les brevets soumis à la loi du 2 janvier 1968 dans sa version d'origine (c'est-à-dire non modifiée par la loi du 13 juillet 1978), qui exigeait que l'invention soit industrielle dans son objet, son application et son résultat.

En effet, cette triple exigence amenait les tribunaux à vérifier que l'invention, dans l'application qui en était faite, procure un résultat industriel.

Ainsi, sous l'empire de la loi du 2 janvier 1968 non modifiée, un brevet pouvait être annulé pour défaut de résultat industriel au motif que sa description ne permettait pas d'obtenir le résultat exposé, au terme d'un raisonnement identique à celui qui pouvait être tenu au titre de la suffisance de description (Cour de Cassation, Chambre Commerciale, 4 avril 1995, PIBD 1995, n° 590-III-302; Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} Chambre, 4 février 1993, PIBD 1993, n° 545-III-341; TGI Paris, 3^{ème} Chambre, 1^{er} octobre 1987, PIBD 1988, n° 427-III-56).

De manière très révélatrice, un arrêt de la Cour de Cassation, Chambre Commerciale, du 26 octobre 1993, Annales de la propriété industrielle 1994, page 94, a pu approuver la Cour d'Appel qui avait déduit que *"l'invention litigieuse était suffisamment décrite et avait un caractère industriel ce dont il résultait que l'homme du métier pouvait l'exécuter"*.

Le fait que la loi du 2 janvier 1968 modifiée ait abandonné l'exigence d'objet et de résultat industriels, pour ne retenir que celle d'application industrielle, aurait pu conduire à dissiper tout risque d'amalgame avec l'exigence de suffisance de description.

C'est en tout cas ce qu'une décision du Tribunal de Grande Instance de Paris, 3^{ème} Chambre, du 8 avril 1994, PIBD 1994, n° 571-III-398, laissait entrevoir: après avoir rappelé que la validité du brevet était contestée au motif que le dispositif breveté ne pourrait pas fonctionner et qu'aucun appareil conforme à la description du brevet n'avait été réalisé, le jugement énonce que *"au terme de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1968 modifiée, sont brevetables les inventions susceptibles d'application industrielle et non pas de résultat industriel. Attendu que cette condition imposée par la loi est remplie, indépendamment de la qualité de l'objet ou du résultat industriel. Qu'aucune condition d'exploitation n'est exigée."*

Néanmoins, cette même décision poursuit en énonçant que, en l'occurrence, le brevet est bien susceptible d'application industrielle puisqu'il peut être mis en œuvre.

Plusieurs décisions rendues sous l'empire de la loi du 2 janvier 1968 modifiée rejettent un grief de défaut d'application industrielle après avoir vérifié que la description permet d'obtenir l'objet breveté, soit un raisonnement analogue à celui qui doit être suivi pour apprécier la suffisance de description (TGI Paris, 3^{ème} Chambre, 12 février 1997, PIBD 1997, n° 635-III-360; TGI Paris, 3^{ème} Chambre, 17 novembre 1989, PIBD 1990, n° 475-III-207).

La motivation adoptée, par exemple, dans l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} Chambre, du 30 mai 1997, PIBD 1997, n° 639-III-489, dans l'affaire Lilly contre Genentech, concernant une revendication définissant un plasmide en ce qu'il est capable d'exprimer l'HCH non accompagnée d'une protéine étrangère, tend à démontrer le chevauchement intrinsèque entre la condition d'application industrielle et la suffisance de description: *"il n'est donc pas possible de suivre Lilly dans son argumentation suivant laquelle la revendication 10 couvrirait un résultat sans fournir les moyens d'obtenir ce résultat; que la revendication (...) couvre non pas un résultat abstrait mais un moyen; (...) que ledit plasmide, dont la description du brevet détaille un mode de réalisation et met en évidence qu'il permet l'expression d'une hormone de croissance biologiquement active, est susceptible d'être fabriqué, et, à plus forte raison, utilisé, dans l'industrie."*

Ainsi la jurisprudence française tend à faire ressortir que la condition d'application fait, au moins pour partie, double emploi avec l'exigence de suffisance de description.

2.3.2.5) Inventions dont la mise en œuvre est impossible

Quelques décisions portent sur le cas où la mise en œuvre de l'invention s'avère intrinsèquement impossible.

Deux principales hypothèses se présentent:

- les brevets portant sur des inventions contraires aux lois fondamentales de la physique, telles que le mouvement perpétuel, que l'Office Européen des Brevets a eu l'occasion de déclarer dépourvus d'application industrielle (Chambre de Recours Technique, 10 janvier 1983, T 85/82, Dossiers Brevets 1984.VI.T54, page 242), mais qui sont également refusés ou annulés pour insuffisance de description,
- les brevets contenant une absurdité ou une incohérence excluant toute mise en œuvre (Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} Chambre, 27 mai 1998, Annales de la propriété industrielle 1999, page 30).

La question se pose de savoir si, dans ces cas de figures, la condition d'application industrielle permet un raisonnement plus simple que la condition de suffisance de description, notamment parce qu'il suffit de rappeler que le mouvement perpétuel est contraire aux lois de la physique sans avoir à démontrer que l'homme du métier n'est pas en mesure de le reproduire.

Cette question semble appeler une réponse négative.

2.3.2.6) Revendications de résultat

La jurisprudence française a également eu l'occasion d'annuler pour défaut d'application industrielle une revendication énonçant le résultat souhaité sans décrire le moyen pour l'obtenir (TGI Paris, 3^{ème} Chambre, 10 septembre 1997, PIBD 1998, n° 646-III-40).

L'annulation d'une telle revendication aurait cependant aussi bien pu être fondée sur une insuffisance de description.

3. Utilité

Les questions relatives à la condition d'utilité sont sans objet en France dans la mesure où il ne s'agit pas d'une condition de brevetabilité en droit français et en droit européen des brevets.

De plus, tous les auteurs sont d'accord pour distinguer clairement l'exigence d'application industrielle des critères d'utilité et de progrès.

En effet, il n'y a pas lieu de tenir compte de la qualité de l'objet fabriqué ou du résultat de l'usage.

L'invention peut être imparfaite ou porter sur des produits intermédiaires.

La jurisprudence est constante sur ce point:

- *“La loi ne tient compte ni du résultat de l'usage de l'invention brevetée, ni de la qualité de ce résultat, un résultat imparfait, ou même constituant une régression, ne conduit pas, au sens de la loi, à un défaut d'application industrielle”* (TGI Paris, 3^{ème} Chambre, 11 mars 1998, PIBD 1998, n° 659-III-398),
- *“Pour qu'une invention soit reconnue brevetable, il est suffisant qu'elle procure un résultat technique immédiat dans l'ordre industriel même si ce résultat est faible et imparfait et si les techniciens considèrent cette invention comme sans intérêt du point de vue commercial et sans utilité dans l'exploitation”* (TGI Paris, 3^{ème} Chambre, 25 avril 1985, Affaire du chlortoluron, PIBD 1985, n° 375-III-246),
- *“Il est indifférent à la validité du brevet qu'il soit jugé par les industriels comme sans intérêt pour eux, soit parce que son exploitation serait vouée, du moins en l'état au jour de la prise du brevet, à un échec commercial inéluctable, soit encore parce qu'elle leur paraîtrait une voix nouvelle mais sans intérêt, faute à leurs yeux d'être jamais susceptible de leur procurer des résultats lointains de quelque utilité”* (Cour d'Appel Paris, 30 juin 1967, Annales de la propriété industrielle 1967, page 250).

Un grand nombre de décisions vont dans le même sens:

- Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} Chambre, 27 mars 2002, PIBD 2002, n° 750-III-421,
- TGI Paris, 3^{ème} Chambre, 8 avril 1994, PIBD 1994, n° 571-III-398,
- Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} Chambre, 30 janvier 1992, PIBD 1992, n° 523-III-303,
- TGI Paris, 3^{ème} Chambre, 30 mai 1986, RDPI 1986, n° 7, page 43,
- Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} Chambre, 1er février 1978, PIBD 1978, n° 224-III-369,
- Cour d'Appel de Paris, 4^{ème} Chambre, 23 mars 1977, PIBD 1978, n° 205-III-2,
- TGI Paris, 3^{ème} Chambre, 25 juin 1973, PIBD 1973, n° 115-III-381.

Néanmoins, certains, comme le Professeur André Lucas, font observer que l'invention brevetable n'en a pas moins, *de facto*, une vocation utilitaire.

Force est également de rappeler que Monsieur Paul Roubier définissait les brevets d'invention comme des créations utilitaires, par opposition à des principes scientifiques et aux créations purement ornementales relevant de la mode et du goût.

Ces observations portent donc à se demander si le critère d'utilité ajouterait réellement aux exigences du droit français.

4. Conclusions

A l'origine de la question Q180 se trouve une préoccupation d'harmonisation internationale, les discussions autour du projet SPLT notamment ayant montré la grande difficulté rencontrée pour concilier les approches des systèmes reconnaissant la condition d'application industrielle et de ceux reconnaissant la condition d'utilité.

Les investigations faites dans les jurisprudences française et européenne révèlent que la condition d'application industrielle y est d'application rare, à l'exception notable des méthodes thérapeutiques et assimilées, c'est à dire des inventions que la loi déclare non susceptibles d'application industrielle.

Cela s'explique, selon le Groupe Français, par le fait que les conditions de brevetabilité prévues par les systèmes français et européen ne se limitent pas à l'application industrielle, la nouveauté et l'activité inventive.

En effet, ces systèmes exigent également:

- l'existence d'une invention, notion qui semble devoir aujourd'hui être rapprochée de l'exclusion de brevetabilité des pures découvertes, théories, ou créations abstraites;
- un caractère technique décelable dans l'invention, exigence qui conduit la jurisprudence de l'Office Européen des Brevets à exclure les innovations dont la partie "inventive" serait non technique, comme illustré par la décision T 641/00 de la Chambre de Recours de l'Office Européen des Brevets du 26 septembre 2002 concernant un brevet de la société Comvik;
- une description suffisante pour permettre à l'homme du métier de reproduire l'invention, le motif d'insuffisance de description étant fréquemment utilisé pour fonder le refus ou l'annulation de brevets également critiquables pour défaut d'application industrielle;
- et la conformité à l'ordre public.

La comparaison de ces systèmes avec ceux dans lesquels la seule condition d'accès à la brevetabilité est l'utilité nécessite donc de ne pas se limiter à la seule condition d'application industrielle mais à l'ensemble des conditions ci-dessus. A un moindre degré, la situation est identique vis à vis des systèmes qui connaissent la condition d'application industrielle à l'état isolé.

En réalité, les divergences entre les différents systèmes des États liés par les accords ADPIC semblent découler essentiellement de différences portant sur la définition ou l'interprétation des notions d'invention ou de technique.

L'harmonisation internationale désirée suppose donc avant tout une réduction de ces divergences et ne peut résulter d'un simple aménagement des conditions de la brevetabilité à l'intérieur du champ de la brevetabilité.