

INNOVATION ET INVENTION
COMPARAISON DU POINT DE VUE JURIDIQUE

FRANCOISE MOULIN
Docteur en droit

Grenoble Ecole de Management
12 rue Pierre Sémard
BP 127 – 38003 Grenoble Cedex 01

A) Résumé

Dans une société où l'innovation tient une place importante, et où le mot est très utilisé, il est curieux de constater que le droit, lui, préfère se référer à la notion d'invention. On peut donc se demander si les deux notions sont ou non équivalentes. Pour connaître la réponse, il faut les comparer. De cette comparaison, il ressort que les notions d'invention et d'innovation ont des points communs. Mais elles ne peuvent pas être considérées comme totalement équivalentes, du moins en Europe.

B) Mots clefs

Innovation, invention, nouveauté, logiciel, biotechnologie

C) Abstract

In a society where innovation is important and very much use, it is curious to note that in the law, the term “invention” is given preference. One could, therefore, wonder whether the two terms are equivalent. To answer to this question, one has to compare them. It appears, from the comparison, that “invention” and “innovation” have some similarities. But they may not be considered as totally equivalent, at least in Europe.

D) Key words

Innovation, invention, newness, software, biotechnology

Le mot innovation fait aujourd'hui partie du langage courant. Employée pour désigner des situations très variées, cette expression est, en tout cas, utilisée beaucoup plus fréquemment que celle d'invention dont l'usage paraît un peu désuet dans notre société moderne.

Du point de vue juridique au contraire, la notion d'invention l'emporte sur celle d'innovation. Bien sûr, depuis quelques années, divers travaux ¹ ont eu pour thème l'innovation et une loi ² lui a même été consacrée. Mais tout cela n'a rien à voir avec le droit applicable aux inventions qui est beaucoup plus développé, comme en atteste les articles L611-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

Le droit privilégiant la notion d'invention alors que le langage courant préfère celle d'innovation, on peut se demander si derrière ces deux expressions se cache la même chose ou si au contraire il s'agit d'un vocabulaire bien distinct désignant des réalités différentes.

La question serait sans importance si le droit ne s'intéressait pas à ces notions. Mais le droit met en place, pour chacune d'entre elles, des mécanismes particuliers. D'après la loi du 12 juillet 1999, les innovations peuvent bénéficier, par exemple, d'aides financières spécifiques. Les inventions quant à elles sont protégées par le mécanisme du brevet dont le titulaire se voit reconnaître un monopole d'exploitation sur l'invention brevetée. Dans ces conditions, il est

¹ GUILLAUME H., mars 1998, Rapport de mission sur la technologie et l'innovation, Documentation française

LOMBARD D., mars 1998, Le brevet pour l'innovation

Assises de l'innovation, mai 1998,

DESTOT M., mai 2000, Rapport d'information sur l'innovation en France, Les documents d'information de l'Assemblée Nationale

² Loi du 12 juillet 1999, dite loi Allègre

essentiel de savoir si ces notions sont ou non équivalentes du point de vue juridique. Si on établit qu'elles sont équivalentes, chacune va pouvoir bénéficier des solutions créées pour l'autre. Au contraire, si elles ne sont pas équivalentes, les avantages accordés à l'une ne peuvent profiter à l'autre. Cette recherche est donc essentielle. Elle est nécessaire car les textes ne donnent aucune définition légale, ni pour l'innovation, ni pour l'invention.

Cette absence de définition légale peut se comprendre pour la notion d'innovation qui est relativement récente. On peut toutefois observer qu'il existe des définitions en dehors du droit. Le législateur aurait donc pu s'en inspirer. Mais on peut penser que ce vide législatif est volontaire. Le législateur n'a peut-être pas voulu enfermer la notion d'innovation dans le cadre juridique rigide d'une définition qu'il est ensuite difficile de faire évoluer. Les problèmes existant aujourd'hui pour la notion d'invention ont certainement servi de leçon au législateur.

Bien que d'origine beaucoup plus ancienne que le concept d'innovation, la notion d'invention est également dépourvue de définition légale. Les premiers textes relatifs au brevet datent pourtant du XIV^{ème} siècle³. Depuis, les dispositions consacrées au brevet d'invention se sont multipliées tant au niveau national qu'international. La plupart des états disposent aujourd'hui de leur législation nationale des brevets. Des textes ont aussi été adoptés en Europe. Après les deux conventions signées à Strasbourg en 1963 et 1971⁴, la Convention de Munich, du 5 octobre 1973, unit 19 états européens au sein de l'Organisation Européenne des Brevets (OEB)⁵. Les brevets sont aussi une préoccupation internationale. Ainsi, la Convention de Paris, signée le 20 mars 1883, crée une Union entre les états signataires, aujourd'hui plus de

³ LAPOINTE S., L'histoire des brevets, <http://www.robic.ca/publications>
DE KERMADEC Y., Innover grâce aux brevets, p. 17 et s.

⁴ Convention de Strasbourg du 27 novembre 1963 : harmonisation des conditions de brevetabilité,
Convention de Strasbourg du 24 mars 1971 : classification internationale des brevets

⁵ OEB : 15 états membres de l'Union européenne plus la Suisse, Monaco, Le Liechtenstein et Chypre

160. Le traité de Washington, signé le 19 juin 1970, plus connu sous son sigle anglais PCT (Patent Cooperation Treaty), rassemble plus de 100 pays. Enfin, l'Accord ADPIC (Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce ou Trip's Agreement) a été conclu le 15 avril 1994 dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC).

Bien que très nombreux, tous ces textes traitant des brevets ne fournissent donc aucune définition de l'invention. Ils ne font que déterminer les conditions que doit remplir une invention pour être brevetable. Ces conditions sont donc les seuls éléments à notre disposition pour pouvoir comparer invention et innovation et déterminer si ces notions sont ou non équivalentes.

L'étude de ces conditions de brevetabilité ⁶ est a priori complexe puisqu'elles sont définies à plusieurs niveaux.

Dans le droit français, les conditions de brevetabilité apparaissent aux articles L611-10 et suivants du code de la propriété intellectuelle. Les conditions de brevetabilité sont également définies par la Convention de Munich, dans ses articles 52 et suivants. On trouve enfin dans l'article 27 de l'accord ADPIC des dispositions régissant aussi les conditions de brevetabilité. On est donc confronté à une multitude de sources dans lesquelles il faut aller chercher les éléments pour connaître les conditions de brevetabilité des inventions. La tâche est cependant facilitée par le travail d'harmonisation qui a été accompli au plan international. Grâce à cet effort, les conditions de brevetabilité ont été unifiées et les solutions retenues par les textes, tant nationaux qu'internationaux, sont aujourd'hui très proches. Il ressort ainsi de tous les textes que l'invention exige une certaine dose de créativité, condition que l'on retrouve aussi pour l'innovation. Les textes fixant les conditions de la brevetabilité sont cependant loin d'être totalement harmonisés. Des différences subsistent entre les systèmes juridiques, en

⁶ CHAVANNES A. et BURST J.J., Droit de la propriété industrielle, Précis Dalloz, 5^{ème} édition

particulier en ce qui concerne les domaines où une invention peut exprimer sa créativité. La notion d'invention étant alors incertaine, il n'est pas facile de la comparer avec la notion d'innovation. Tel est pourtant l'objectif de cette étude, la comparaison des notions d'invention et d'innovation devant permettre d'identifier si elles sont ou non équivalentes.

L'équivalence des notions peut d'abord paraître certaine, car l'invention comme l'innovation exigent de la créativité (I). Mais l'équivalence devient ensuite beaucoup plus incertaine lorsque l'on veut comparer les domaines dans lesquels peut s'exprimer cette créativité (II).

I – L'EQUIVALENCE CERTAINE DES NOTIONS EN CE QUI CONCERNE L'EXIGENCE DE LA CREATIVITE

La créativité est une condition commune à la notion d'invention et à celle d'innovation, car dans les deux cas il doit y avoir nouveauté (1°) et inventivité (2°).

1° - L'exigence de la nouveauté

Elle apparaît aussi bien pour l'invention que pour l'innovation.

Innover c'est en effet introduire des éléments « nouveaux » dans un système établi ⁷. La nouveauté est également une condition de brevetabilité des inventions. Imposée dès l'origine des brevets, elle est aujourd'hui prévue tant par le droit interne que par le droit international.

L'article L611-10 du code de la propriété intellectuelle dispose ainsi que sont brevetables les inventions « nouvelles ». De même, l'article 52 de la Convention de Munich et l'article 27 de l'accord ADPIC décident que le brevet est possible pour une invention « nouvelle ».

Cette nouveauté est une contrainte relativement lourde pour l'invention car elle doit être absolue. Elle ne connaît aucune limite, ni dans le temps, ni dans l'espace. Pour être nouvelle,

⁷ Dictionnaire Hachette, p.
Dictionnaire Le Petit Robert, p. 1368
Dictionnaire économique et financier, p. 788

l'invention ne doit pas, d'après l'article L611-11 du code de la propriété intellectuelle et l'article 54 de la Convention de Munich, être « comprise dans l'état de la technique ». La nouveauté est donc exclue si l'invention est divulguée au public avant de faire l'objet d'une demande de brevet. La nouveauté est encore impossible si l'invention existe déjà. Une recherche d'antériorités effectuée par l'administration doit permettre de déterminer si l'invention est ou non nouvelle. L'invention doit aussi être inventive, tout comme l'innovation.

2°- L'exigence de l'inventivité

Pour être brevetable, une invention doit impliquer une « activité inventive ». Cette condition est exigée en des termes identiques par l'article L611-10 du code de la propriété intellectuelle, par l'article 52 de la Convention de Munich et par l'article 27 de l'accord ADPIC. Dans ce dernier texte, il est précisé que l'expression « activité inventive » peut être considérée comme équivalente des termes « non évidente ». Ainsi, l'invention impliquant une activité inventive est celle qui n'est pas évidente. Cette solution est expressément retenue par l'article L611-14 du code de la propriété intellectuelle et par l'article 56 de la Convention de Munich. D'après ces textes, l'invention implique une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas de manière « évidente » de l'état de la technique.

Pour déterminer si l'invention est ou non inventive, on va donc se demander si l'homme du métier était ou non capable, en utilisant ses connaissances techniques, de la réaliser. Cette recherche n'est pas aisée, car il est souvent tentant après coup, lorsque l'invention existe, de dire qu'elle était évidente. Mais pour celui qui en eu l'idée, l'évidence est en général beaucoup moins manifeste. Le temps qu'il aura mis pour aboutir à ce résultat, les efforts déployés pour y parvenir seront alors autant d'indices permettant de démontrer que l'invention n'était pas évidente et qu'elle implique par conséquent une activité inventive.

Cette idée se retrouve aussi dans la notion d'innovation. Innover ce n'est pas en effet seulement ajouter des éléments nouveaux. Encore faut-il que ceux-ci témoignent d'une originalité⁸, donc d'une inventivité.

La nouveauté et l'inventivité étant des conditions communes aux deux notions, il est manifeste que la créativité est un critère qui unit l'invention et l'innovation. Si sur ce point l'équivalence des notions est évidente, elle est en revanche beaucoup plus incertaine lorsque l'on veut comparer les domaines dans lesquels peut s'exercer cette créativité.

II – L'EQUIVALENCE INCERTAINE DES NOTIONS EN CE QUI CONCERNE LE DOMAINE D'EXERCICE DE LA CREATIVITE

Cette incertitude a différentes causes. Tout d'abord, il est difficile juridiquement de déterminer précisément le domaine de l'innovation, car il n'est pas légalement défini. Mais il semble que cette expression soit dotée d'un champ relativement large.

Le domaine de la brevetabilité devrait quant à lui être plus facile à délimiter, car il est fixé par les textes. Mais au fil des années, ceux-ci se sont multipliés, les textes internationaux se superposant aux textes internes. Or, tous ces textes n'en sont pas au même stade d'évolution. Héritée de la révolution industrielle de la fin du XIX^{ème} siècle, la notion d'invention y est souvent envisagée de manière beaucoup plus restrictive que la notion d'innovation. Cette conception traditionnelle de l'invention, qui oppose cette notion à celle d'innovation, se heurte toutefois aux bouleversements provoqués par les nouvelles technologies. Et dans certains textes, on voit apparaître une nouvelle conception de l'invention, qui sans être totalement équivalente à celle d'innovation, tend à s'en rapprocher.

L'opposition de principe existant entre les deux notions (1^o) a donc tendance à se réduire (2^o)

⁸ JAQUI Hubert, Le nouvel entrepreneur, p. 14

1°- L'opposition de principe entre invention et innovation

Ces deux notions ont a priori des domaines très différents, l'innovation ayant un domaine beaucoup plus large (A) que l'invention (B).

E) Domaine de l'innovation

L'innovation est partout. Elle peut être de nature technique, comme la création de nouveaux produits ou encore la mise au point de nouveaux procédés de fabrication. Mais avec les nouvelles technologies, l'innovation moderne s'intéresse aussi à des domaines neufs, souvent très éloignés de la technique pure et qui touchent à des secteurs sensibles comme le monde du vivant, objet des biotechnologies.

Parfois même, l'innovation est exclusivement immatérielle. Ainsi en est-il lorsque l'entreprise crée un logiciel ou une base de données structurant des informations multiples. Plus largement, le succès d'une entreprise peut aujourd'hui s'appuyer sur l'originalité de l'organisation interne des rapports de travail ou de celle de ses méthodes commerciales. « Le mode de fonctionnement, l'organisation de l'entreprise sont des éléments essentiels qui font partie de son capital immatériel ou intellectuel »⁹.

Lorsque l'entreprise innove sur l'un de ces éléments, elle bénéficie donc d'un avantage sur ses concurrents. Mais pour pouvoir préserver cet avantage, il ne faut pas que les concurrents puissent faire la même chose qu'elle. Ceci est particulièrement important lorsque l'innovation a exigé des investissements en argent et en temps. Si l'innovation est l'aboutissement de longues recherches et de dépenses coûteuses, il est en effet légitime que l'entreprise souhaite être la seule à pouvoir tirer profit des résultats de ses efforts. L'idéal serait donc que toutes les

⁹ Les Echos, 31 octobre 2000

DE KERMADEC Y., p. 37

NEBOUT F., Le nouvel entrepreneur, p.34

DOMERGUE B., 2000, Quand le management suscite la créativité, Courrier Cadres 25 février, p. 57

innovations, matérielles ou immatérielles, soient considérées comme des inventions, car elles pourraient alors bénéficier de la protection attachée au brevet. Une telle solution est cependant impossible, car le domaine des inventions brevetables est limité par les textes.

F) Domaine de l'invention

Que l'on se réfère au droit interne, contenu dans le code de la propriété intellectuelle, à la convention de Munich ou à l'accord ADPIC, le domaine de la brevetabilité est doublement limité, d'abord par l'exigence d'une condition positive, ensuite par des exclusions expresses énumérées par les textes.

Pour être brevetable, l'invention doit ainsi être susceptible « d'application industrielle ». Cette exigence apparaît dans l'article L611-10 du code de la propriété intellectuelle, ainsi que dans l'article 52 de la convention de Munich et dans l'article 27 de l'accord ADPIC.

L'invention se situe donc a priori dans le domaine technique. Ceci est confirmé par l'article L611-15 du code de la propriété intellectuelle et par l'article 57 de la convention de Munich qui décident que l'invention est considérée comme susceptible d'application industrielle lorsque « son objet peut être fabriqué ou utilisé ». Même si ces textes précisent que la fabrication ou l'utilisation peuvent intervenir dans tout genre d'industrie, y compris dans l'agriculture, il n'en demeure pas moins que l'invention se limite au domaine technique et donc du matériel. L'immatériel ne fait partie du domaine de la brevetabilité. La solution est confirmée par les exclusions expresses énumérées par les textes.

Dans la liste de ce qui n'est pas brevetable, dressée par l'article L611-10 du code de la propriété intellectuelle et par l'article 52 de la convention de Munich, apparaissent en effet un certain nombre d'innovations purement intellectuelles comme les créations esthétiques, les programmes d'ordinateurs et les présentations d'informations.

Ces innovations, bien que non brevetables, ne sont toutefois pas sans protection car elles bénéficient d'autres techniques juridiques. Les créations esthétiques et les programmes d'ordinateurs profitent ainsi du régime du droit d'auteur. Les présentations d'informations ont fait l'objet d'une loi du 1 juillet 1998, transposant dans notre droit la directive communautaire du 11 mars 1996, par laquelle un statut spécifique a été créé pour les bases de données.

Sont encore exclues de la brevetabilité les théories scientifiques, les méthodes mathématiques, les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques. La mise au point de méthodes de gestion ou de commercialisation n'est donc pas brevetable d'après le droit français et le droit européen. Il en est de même pour les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal et des méthodes de diagnostic. La solution sur ce dernier point est retenue également par l'article 27 de l'accord ADPIC. Ce texte, tout comme l'article 53 de la convention de Munich et l'article L611-10 du code de la propriété intellectuelle, écarte encore de la brevetabilité les créations végétales ou animales, autres que les micro-organismes, obtenues par des procédés biologiques. Ce n'est pas ici le caractère immatériel de l'innovation qui pose problème, mais ses modalités de « fabrication » qui ne sont pas purement techniques car de nature biologiques, puisque l'on est dans le domaine du vivant.

Dans ce domaine, la brevetabilité est enfin exclue pour les innovations en relation avec le corps humain, en particulier lorsqu'elles concernent « la connaissance de la structure totale ou partielle d'un gène humain ». La solution est expressément affirmée par l'article L611-17 du code de la propriété intellectuelle.

Les textes sont donc relativement restrictifs en ce qui concerne la brevetabilité et de nombreuses innovations, touchant à l'immatériel ou au vivant, ne sont donc pas des inventions brevetables. Les notions d'innovation et d'invention n'apparaissent par conséquent pas comme équivalentes, l'une se cantonnant dans le domaine matériel, alors que l'autre

englobe le domaine de l'immatériel et du vivant. Cette opposition de principe doit cependant être tempérée aujourd'hui, car on peut observer parfois, dans certains textes, un rapprochement entre les domaines des deux notions.

2°- Le rapprochement des notions d'invention et d'innovation

Avec le développement des nouvelles technologies, des innovations deviennent des inventions protégeables, car le domaine de la brevetabilité s'élargit, d'une part dans le monde de l'immatériel (A), d'autre part dans celui du vivant (B).

A) Le rapprochement des notions d'invention et d'innovation dans le domaine de l'immatériel

Malgré les textes internes et internationaux qui limitent l'invention brevetable au domaine du technique, la brevetabilité est aujourd'hui admise dans le domaine de l'immatériel pour les logiciels.

La solution est ainsi retenue par les droits américains et japonais. On estime qu'environ 12000 brevets logiciels sont déposés chaque année aux Etats Unis. Au Japon, on compte 20000 brevets portant sur des logiciels ¹⁰.

Certes, ces législations, en particulier celle des USA, n'exigent pas de l'invention qu'elle soit susceptible d'application industrielle, mais prévoient qu'elle doit être « utile ». On pourrait donc justifier la brevetabilité des logiciels dans ces systèmes juridiques en soutenant qu'elle n'y est pas interdite, puisque les textes permettent de breveter ce qui est « utile », ce qui n'implique pas obligatoirement une application industrielle et un caractère matériel. Ce serait toutefois négliger l'article 27 de l'accord ADPIC, dans lequel il est précisé que si des législations nationales se réfèrent à la notion d'utilité, celle-ci doit être considérée comme

¹⁰ Breese et Majerowicz, Brevetabilité des logiciels, <http://www.breese.fr>

équivalente à l'exigence d'une application industrielle. Accepté par les USA, l'article 27 de l'accord ADPIC s'oppose par conséquent à la brevetabilité de toute innovation insusceptible d'application industrielle. La lettre de ce texte ne permet donc pas de justifier la brevetabilité des logiciels admise par les autorités américaines.

Cette solution suppose nécessairement une interprétation de la notion d'utilité au-delà de la signification qui lui est assignée par le texte international. L'utilité ainsi retenue par les instances américaines n'a rien à voir avec la simple application industrielle. Très pragmatiques, les américains considèrent qu'une invention est utile si elle a un intérêt économique, peu important qu'elle soit ou non de nature technique ou matérielle. Dans ces conditions, un logiciel est brevetable en soi, qu'il ait ou non une application industrielle. Les américains confèrent ainsi à l'invention un domaine qui s'étend bien au-delà des innovations purement techniques. L'immatériel rentre dans le champ de la brevetabilité. Les américains admettent, par exemple, la brevetabilité de méthodes de gestion ou de commercialisation.

De telles solutions sont normalement impossibles en Europe, puisque les textes internes et européens excluent expressément les méthodes et les logiciels de la brevetabilité. Cependant, des brevets ont bien été délivrés par l'OEB pour des logiciels. Pour parvenir à ce résultat, l'OEB se livre à une interprétation de l'article 52 de la convention de Munich décidant la non brevetabilité des logiciels.

Après avoir dressé dans son alinéa 2 la liste de ce qui n'est pas brevetable, au sein de laquelle figurent les programmes d'ordinateurs, l'article 52 précise en effet dans son alinéa 3 que la brevetabilité de ces éléments n'est exclue que dans la mesure où il s'agit de « l'un de ces éléments considéré en tant que tel ». L'OEB en conclut que si un logiciel n'est pas brevetable « en tant que tel », c'est-à-dire en tant que lignes de codes informatiques, il peut au contraire être brevetable s'il produit un effet technique permettant à une machine de fonctionner ¹¹.

¹¹ COLOMBET S., 2001, La brevetabilité des logiciels, JCP Entreprise, Actualité, p. 1253 et s.

L'OEB a ainsi accepté d'enregistrer entre 20000 et 30000 demandes, les chiffres sont incertains, concernant des logiciels. Cette position de l'OEB soulève une difficulté car le brevet européen n'est pas un titre unique, mais une procédure de délivrance qui débouche sur des titres nationaux. Si la législation nationale des états désignés dans la demande de brevet européen n'admet pas la brevetabilité des logiciels, les brevets nationaux obtenus conformément à cette demande risquent d'être « inopérants » devant les juridictions nationales¹².

Pour clarifier une situation plus que confuse, la Commission de Bruxelles a adopté, en février 2002, une proposition de directive autorisant la brevetabilité d'inventions impliquant l'usage d'un logiciel¹³. Si cette directive aboutit, les états membres de l'Union Européenne seront invités à la transposer dans leurs droits internes. Les législations nationales devraient ainsi admettre la brevetabilité des logiciels utilisés dans une invention. Les logiciels ne remplissant pas une fonction technique resteraient en revanche non brevetables. Il en serait de même des méthodes pour l'exercice d'activités économiques qui demeureraient exclues de la brevetabilité. Confirmant la pratique de l'OEB, ces solutions, sans assimiler totalement les notions d'invention et d'innovation, consacraient cependant leur rapprochement dans le domaine de l'immatériel. Un tel rapprochement existe aussi dans le domaine du vivant.

B) Le rapprochement des notions d'invention et d'innovation dans le domaine du vivant.

Dans ce domaine¹⁴, il existe aussi une grande différence entre l'Europe et les USA ou le Japon. Au Japon et aux USA, la brevetabilité du vivant est admise largement, y compris pour les innovations liées à l'étude des gènes humains. Des brevets sont ainsi délivrés par l'office

¹² FOUCART St., Le logiciel gratuit face au verrou du brevet,

¹³ RUELLO A., 2002, Les Echos, 21 février

¹⁴ VELARDOCCIO D., 2000, La brevetabilité du vivant, Droit et patrimoine, octobre, p. 68 et s.

CLAEYS A., La brevetabilité du vivant, Rapport à l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 2001

américain lorsque « l'utilité spécifique, substantielle et crédible a été démontrée ». Le régime des innovations biotechnologiques est beaucoup plus confus en Europe.

Pendant longtemps, les textes ont complètement ignoré la question de la brevetabilité du vivant, en particulier dans le domaine de la génétique humaine. Lorsque les recherches ont commencé à se développer dans ce secteur, très vite divers arguments ont été utilisés pour soutenir l'impossibilité de breveter ces innovations.

On a ainsi mis en avant le fait qu'un gène étant une partie du corps humain, le caractère sacré de ce dernier empêcherait toute brevetabilité, qui serait contraire à la dignité humaine. De plus, la brevetabilité dans un tel domaine constituerait un obstacle empêchant le libre accès à des connaissances qui doivent être laissées à la disposition de tous. A ces motivations d'ordre moral ou éthique s'ajoutaient des raisons plus juridiques, telle l'indisponibilité du corps humain.

Par principe, le corps humain est un élément extra-patrimonial qui est donc hors du commerce et à ce titre insusceptible d'opérations juridiques. Les gènes n'étant qu'une partie du corps humain sont ainsi eux-mêmes considérés comme des éléments extra-patrimoniaux sur lesquels la brevetabilité est par conséquent exclue. Celle-ci est encore écartée au motif que la connaissance d'un gène n'est pas une invention, car il ne s'agit pas d'une création nouvelle mais de la simple découverte de quelque chose existant déjà. Or les découvertes ne sont pas brevetables.

C'est dans ce contexte peu favorable à la brevetabilité des innovations technologiques dans le domaine de la génétique humaine qu'intervient en 1994 la loi française sur la bioéthique et la première décision de l'OEB en matière de brevetabilité du génome humain.

Prenant en considération les multiples arguments développés pour justifier la non brevetabilité des innovations liées à la génétique humaine, la loi française du 29 juillet 1994, dite loi bioéthique, consacre cette solution. Se fondant sur l'indisponibilité du corps humain et sur

l'interdiction de breveter une invention contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, la loi affirme dans l'article L611-17 du code de la propriété intellectuelle que « le corps humain, ses éléments et ses produits, ainsi que la connaissance totale ou partielle d'un gène humain ne peuvent, en tant que tel, faire l'objet d'un brevet ».

Si le droit français exclut ainsi la brevetabilité du génome humain, une solution opposée est en revanche consacrée par l'OEB quelques mois plus tard.

L'OEB devait se prononcer sur la validité d'un brevet qu'il avait délivré trois ans auparavant pour un fragment d'ADN codant pour une protéine humaine, la relaxine. Dans une décision du 8 décembre 1994, l'OEB confirmait la brevetabilité de ce fragment d'ADN. Bien que celui-ci ait toujours été présent dans l'organisme, l'OEB considère ainsi que la connaissance de ce fragment d'ADN constitue bien une invention et non une simple découverte. Pour fonder la solution, l'OEB constate que l'obtention de l'isolement de ce fragment d'ADN et la détermination de ses caractéristiques a nécessité la mise au point de procédés techniques spécifiques. Négligeant le fait que ce fragment d'ADN a toujours existé, l'OEB privilégie les moyens déployés pour parvenir à sa connaissance et permet de la sorte à l'innovation biotechnologique d'accéder au rang d'invention.

Empruntant la voie ainsi ouverte par l'OEB, la Commission de Bruxelles a adopté un peu plus tard la directive du 6 juillet 1998 consacrant la possibilité de breveter les innovations dans le domaine de la génétique humaine¹⁵. Le texte affirme en effet que la séquence d'un gène peut constituer une invention brevetable lorsqu'elle a été isolée par un procédé technique. La directive se situe donc dans la continuité de la décision de l'OEB. Le texte de la directive a d'ailleurs été intégré par l'OEB à la convention de Munich régissant le brevet européen.

En reconnaissant expressément la brevetabilité des innovations biotechnologiques, la directive élève celles-ci au rang d'invention. Mais cela soulève en même temps certaines difficultés.

¹⁵ La directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques, le droit français et les normes nationales, Dalloz 2001, Ch., p. 13 et s.
NAU J. Y., 2000, Peut-on breveter le corps humain ?, Le Monde 16 juin

Une directive doit être intégrée dans les législations nationales des états membres de l'Union Européenne. Pour cela, les états membres doivent modifier leur droit interne pour le mettre en conformité avec la directive et pour celle de 1998 ils avaient jusqu'au 30 juillet 2000. Plusieurs pays ont effectué la transposition ¹⁶. Mais un certain nombre, dont la France, n'ont toujours pas fait le nécessaire. Et le gouvernement français n'a manifestement pas l'intention d'introduire les solutions de la directive dans notre système juridique. Un projet de loi prévoit en effet de modifier la loi bioéthique de 1994, mais ce texte n'envisage aucunement un changement des dispositions de l'article L611-17 du code de la propriété intellectuelle décidant la non brevetabilité des gènes humains ¹⁷. En se fondant sur ce texte, l'INPI est donc en droit de refuser la délivrance d'un brevet sollicité pour un gène humain. Mais le demandeur peut alors exercer un recours contre cette décision en invoquant la directive de 1998. Il est en effet admis qu'une directive, même non transposée, peut être utilisée devant les juridictions nationales pour obtenir gain de cause. La directive de 1998 peut ainsi permettre au demandeur de breveter son invention biotechnologique en France. La position adoptée par les autorités françaises engendre donc une situation complexe et confuse ¹⁸. Le rapprochement des notions d'invention et d'innovation dans le domaine du vivant s'opère plus ou moins facilement selon les pays. Une harmonisation internationale sur ce point paraît indispensable. Le droit des brevets connaît aujourd'hui une profonde mutation. Son adaptation aux nouvelles technologies est indispensable et le rapprochement qui s'opère entre les notions d'invention et d'innovation est positif. Mais la notion d'invention ne doit pas non plus être trop élargie. Source de monopole, l'invention donne le pouvoir d'interdire. Pour certaines innovations, ceci est nécessaire, pour d'autres cela ne se justifie pas. Est-il acceptable de breveter une

¹⁶ Pays ayant déjà transposé en octobre 2002 : Danemark, Finlande, Irlande, Royaume-Uni, Grèce et Espagne, Rapport de la commission au parlement européen et au conseil, «Evolution et implications du droit des brevets dans le domaine de la biotechnologie et du génie génétique

¹⁷ Les Echos, 5 novembre 2001

¹⁸ LOMBARD D., p. 12
VELARDOCCHIO D., p. 69

méthode commerciale ou une telle solution n'est-elle pas un obstacle excessif à la liberté d'entreprendre ? L'extension du domaine de la brevetabilité doit aussi prendre en considération l'intérêt des pays les plus pauvres qui, si tout est protégé, n'auront pas accès au savoir et au progrès. Il est donc fondamental de déterminer pour l'avenir si les notions d'invention et d'innovation doivent se rapprocher en restant distinctes ou si au contraire elles doivent un jour se rejoindre totalement.

Conclusion

La comparaison des notions d'invention et d'innovation permet d'établir qu'elles ont en commun d'exiger de la créativité. Lorsque la créativité se réalise dans un domaine technique et matériel, l'innovation constitue sans aucun doute possible une invention. Les deux notions sont alors équivalentes. En revanche, lorsque la créativité s'exerce dans le domaine des nouvelles technologies, l'innovation n'est pas toujours une invention et les deux notions ne sont pas forcément équivalentes. Issue de la Révolution industrielle du XIX^{ème} siècle, la notion d'invention, en Europe, reste très liée à ses origines qui la rattachent au monde du matériel et du technique. Elle a du mal à entrer dans le monde moderne de l'immatériel et du vivant. En revanche, dans des systèmes juridiques plus pragmatiques, comme le droit américain ou japonais, l'innovation, même immatérielle ou non technique, accède sans problème au rang d'invention et à la protection qui y est attachée. A l'heure de la mondialisation, où il est souvent nécessaire de protéger une innovation dans plusieurs pays, ces disparités sont une réelle difficulté. Il serait vraiment utile que des solutions internationales soient adoptées pour décider si la notion d'invention doit rester différente de celle d'innovation ou si au contraire elles doivent devenir totalement équivalentes.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- CHAVANNES Albert et BURST Jean-Jacques, Droit de la propriété intellectuelle, Précis Dalloz, 5^{ème} édition
- DE KERMADEC Yann, Innover grâce au brevet, Insep Edition, 1999

RAPPORT ET DOSSIERS

- GUILLAUME Henri, Rapport de mission sur la technologie et l'innovation, mars 1998, <http://www.finances.gouv.fr>
- LOMBARD Didier, Le brevet pour l'innovation, mars 1998, <http://www2.evariste.org/inpi>
- PIERRET Christian, Assises de l'innovation, mai 1998, <http://2.evariste.org>
- DESTOT Michel, Encourager l'innovation en France, moteur de la croissance et source de nouveaux emplois, mai 2000, Les documents d'information de l'Assemblée Nationale.
- Le nouvel entrepreneur, mai-juin 2000
- CLAEYS Alain, La brevetabilité du vivant, Rapport à l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 2001
- Rapport de la commission au parlement et au conseil, Evolution et implications du droit des brevets dans le domaine de la biotechnologie et du génie génétique, octobre 2002

ARTICLES

1- Presse écrite

- COLOMBET Stéphane, La brevetabilité des logiciels, JCP Entreprise 2001, Actualité, p. 1253
- DOMERGUE Bernard, Quand le management suscite la créativité, Courrier Cadres, 25 février 2000, p. 54
- MATHIEU Bernard, La directive européenne relative à la brevetabilité des inventions biotechnologiques, le droit français et les normes internationales, Dalloz 2001, Ch. p. 13
- NAU Jean-Yves, Peut-on breveter le corps humain ?, Le Monde, 16 juin 2000
- RUELLO Alain, Le brevet logiciel fait son entrée officielle en Europe, Les Echos, 21 février 2002
- VELLARDOCCHIO Dominique, La brevetabilité du vivant, Droit et patrimoine, octobre 2000, p. 68

2- Internet

- BREESE et MAJEROWICZ, Brevetabilité des logiciels, <http://www.breese.fr>
- FOUCART Stéphane, Le logiciel gratuit face au verrou du brevet, <http://www.lemonde.fr>
- LAPOINTE Serge, L'histoire des brevets, <http://www.robic.ca/publications>

Plan

INTRODUCTION

I – L'équivalence certaine des notions en ce qui concerne l'exigence de la créativité

1° - L'exigence de la nouveauté

2° - L'exigence de l'inventivité

II – L'équivalence incertaine des notions en ce qui concerne le domaine de la créativité

1° - L'opposition de principe entre invention et innovation

A) Domaine de l'innovation

B) Domaine de l'invention

2° - Le rapprochement des notions d'invention et d'innovation

A) Le rapprochement des notions d'invention et d'innovation dans le domaine de l'immatériel

B) Le rapprochement des notions d'invention et d'innovation dans le domaine du vivant