

France
France
Frankreich

Rapport Q167

au nom du groupe français
par Serge BINN, Président. Jean-Paul DESOLNEUX, Florent GROS, Jean-Jacques
MARTIN,
Bernard MICHARDIERE, Alain MICHELET, René MISRAHI, Denis MONEGIER du
SORBIER

Les critères actuels de la divulgation de l'art antérieur pour l'appréciation des conditions de nouveauté et d'activité inventive

Remarques préalables

Avant de répondre aux questions, nous formulerons deux remarques:

1. Sur le plan du vocabulaire, nous n'utiliserons pas l'expression "*art antérieur*" qui peut prêter à confusion.

Nous utiliserons l'expression "*état de la technique*", qui figure dans la loi, pour désigner l'ensemble des informations techniques considérées comme divulguées à une date donnée. Nous utilisons par ailleurs le terme "*antériorité*" pour désigner une information technique particulière, divulguée ou non divulguée avant une date donnée.

En ce sens, une "antériorité" fait partie de l'état de la technique si elle a été divulguée à la date où l'état de la technique est pris en considération.

2. Les questions relatives à la divulgation d'une antériorité se posent en droit français dans le cadre des brevets français, mais également dans le cadre des brevets européens désignant la France.

Les brevets français sont délivrés sans examen de validité, et par conséquent l'organisme chargé de la délivrance (INPI) ne procède pas à un examen de la nouveauté et de l'activité inventive susceptible de soulever des questions de divulgation (sauf deux cas particuliers qui seront évoqués ci-après).

Il en résulte que, pour ce qui concerne les brevets français, ces questions ne peuvent se poser que devant les tribunaux français dans le cadre de l'appréciation de la validité des brevets.

Les brevets européens désignant la France sont délivrés par l'OEB dans le cadre de la Convention de Munich du 5 octobre 1973, qui prévoit un examen de la nouveauté et de l'activité inventive et, après délivrance, une procédure d'opposition.

Les questions relatives à la divulgation peuvent donc, en ce qui concerne les brevets européens désignant la France, se poser devant l'OEB au cours de la procédure de délivrance ou d'opposition, et devant les tribunaux français, lorsque leur validité est contestée, par exemple à l'occasion d'une procédure de contrefaçon.

Nous distinguerons donc, pour chacune des questions posées, les règles appliquées aux brevets français, et celles que l'on applique aux brevets européens désignant la France, étant observé que ces règles sont souvent identiques ou, à tout le moins, très proches.

1. Détermination de "*l'art antÉrieur*"

1.1 *Quel est l'effet de la divulgation d'un art antérieur sur la nouveauté et l'activité inventive? Existe-t-il des différences entre l'art antérieur concernant la nouveauté d'une part, et l'activité inventive, d'autre part? Les demandes en cours, qui n'ont pas encore été publiées, affectent-elles l'évaluation de la nouveauté et de l'activité inventive?*

1.1.1 Brevets français

- a) L'article L.611-11 du Code de la propriété intellectuelle (CPI) prévoit qu'une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique.

En conséquence, la divulgation d'une antériorité identique à l'invention détruit la nouveauté de l'invention.

- b) L'article L.611-14 du CPI prévoit qu'une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique.

En conséquence, la divulgation d'une antériorité peut détruire l'activité inventive de l'invention si celle-ci est évidente pour l'homme du métier, eu égard à l'antériorité divulguée éventuellement combinée à d'autres éléments de l'état de la technique.

- c) Selon l'article L.611-10 du CPI, l'invention dépourvue de nouveauté ou d'activité inventive n'est pas brevetable.

- d) L'état de la technique pris en compte pour l'appréciation de la nouveauté et de l'activité inventive est le même, à l'exception des demandes de brevet français et européens non publiées, qui sont prises en compte pour l'appréciation de la nouveauté et non de l'activité inventive.

1.1.2 Brevets européens

Les règles applicables aux brevets européens désignant la France sont identiques. Les articles L.611-11 et L.611-14 ci-dessus visés du CPI reproduisent les textes des articles 54 et 56 de la Convention de Munich.

1.2 *Les lois nationales donnent-elles des définitions ou indications sur ce qui constitue une divulgation de l'art antérieur?*

L'article L.611-11 du CPI et l'article 54 de la Convention de Munich ne donnent pas une définition de la divulgation, mais de "*l'état de la technique*", ce qui revient au même, car l'état de la technique contient toutes les informations tenues pour divulguées. L'état de la technique est constitué "*par tout 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*".

Par conséquent, divulguer une information technique consiste, selon la loi française et la Convention de Munich, à la rendre accessible au public par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen.

1.3 *Quelles sont les directives utilisées pour déterminer si un élément d'art antérieur a été divulgué? Cette question vise les directives autres que celles énoncées par la loi qui ont été établies dans les différents pays pour déterminer une divulgation.*

1.3.1 En ce qui concerne les brevets français, les tribunaux n'appliquent aucune directive. Ils appliquent la loi, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence.

L'INPI, dans les deux cas où il peut être amené à apprécier la validité d'un brevet (rejet pour absence de nouveauté manifeste - art. L.612-12 7°, et réduction éventuelle des taxes - art. L.612-20) ne se réfère à aucune directive publiée. Il applique, comme les tribunaux la jurisprudence française et celle de l'OEB.

1.3.2 Pour ce qui concerne les brevets européens, l'OEB dispose de directives d'examen. Les directives applicables à la question de la divulgation sont les directives CIV5 pour la nouveauté et l'état de la technique, et CIV8 pour les divulgations non opposables.

Les tribunaux français, lorsqu'ils ont à connaître de la validité des brevets européens désignant la France, appliquent les mêmes règles que pour les brevets français.

2. Critères pour la divulgation

2.1 *Moyens de divulgation*

Quels sont les moyens reconnus de divulgation? Existe-t-il des exigences supplémentaires pour certains types de divulgations, tels que la divulgation orale ou la divulgation par l'usage, par rapport à la divulgation par le biais de documents écrits? Si certains moyens de divulgation ne sont pas reconnus par la loi ou par la pratique, quelles en sont les raisons?

Comme on l'a vu ci-dessus, la loi française et la Convention de Munich n'excluent aucun moyen de divulgation puisqu'au contraire, les deux textes prévoient que la divulgation peut être opérée par "*tout autre moyen*".

Chaque moyen de divulgation peut poser des problèmes particuliers sur le plan de la preuve, mais dès lors que la divulgation est établie, elle a les mêmes effets, quel que soit le moyen par lequel elle a été réalisée.

2.2 *Date de divulgation*

Est-il important qu'une divulgation ait été faite récemment ou depuis longtemps déjà? Existe-t-il des limites au-delà desquelles la publication d'une information, bien qu'elle constitue une divulgation de l'art antérieur, n'est plus pertinente pour l'évaluation de la nouveauté et de l'activité inventive?

La loi française et la Convention de Munich ne font aucune distinction entre les divulgations récentes et les divulgations anciennes. Toute antériorité divulguée fait partie de l'état de la technique quelle que soit la date de la divulgation.

On peut observer cependant que l'ancienneté des antériorités invoquées peut avoir une influence sur l'appréciation de l'évidence de l'invention, dans le cadre de la détermination de l'activité inventive.

2.3 *Lieu de la divulgation*

Le lieu de la divulgation est-il pertinent? Comment déterminer le lieu de divulgation? Importe-t-il que la divulgation ait eu lieu dans ce pays par accident ou qu'elle ait eu lieu de façon intentionnelle? Quelle est la législation applicable pour déterminer si une divulgation a eu lieu (la législation du pays dans lequel l'information a été divulguée, ou la législation du pays dans lequel la nouveauté et l'activité inventive sont évaluées)?

La loi française et la Convention de Munich ne font aucune distinction relativement au lieu de la divulgation.

Toute antériorité divulguée fait partie de l'état de la technique, quel que soit le lieu de la divulgation.

2.4 *Éléments personnel*

Quelles sont les différences observées par les Groupes à l'égard de la personne qui divulgue l'art antérieur? La divulgation est-elle traitée différemment si l'auteur de la divulgation était lié par un accord de confidentialité? Comment sont traitées les erreurs dans les informations divulguées?

2.4.1 Selon l'article L.611-13 du CPI, et l'article 55 de la Convention de Munich, la divulgation n'est pas prise en considération si elle a été réalisée par l'inventeur ou son prédécesseur en droit, moins de 6 mois avant la date du dépôt du brevet, par une présentation dans une exposition officielle ou officiellement reconnue au sens de la convention concernant les expositions internationales signée à Paris le 22 novembre 1928.

2.4.2 Selon les mêmes textes, la divulgation n'est pas prise en compte si elle a été réalisée par un tiers dans les 6 mois précédant la date du dépôt de la demande de brevet, dans le cadre d'un abus évident à l'égard de l'inventeur ou de son prédécesseur en droit.

Selon la jurisprudence, l'abus peut consister, par exemple, dans le fait de divulguer dans l'intention de nuire une invention communiquée par l'inventeur sous la condition du secret.

2.4.3 La communication de l'invention par une personne liée au secret est une divulgation.

Cette divulgation peut être considérée comme inopposable si elle a été réalisée moins de 6 mois avant le dépôt du brevet, ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus.

Si cette condition de délai n'est pas remplie, l'invention est considérée comme divulguée, l'inventeur disposant éventuellement d'une action en dommages et intérêts à l'encontre de l'auteur de la divulgation.

2.4.4 Il n'existe pas, à la connaissance du Groupe Français, de jurisprudence française relative aux erreurs dans les informations divulguées.

En revanche, l'OEB, dans le cadre de la délivrance des brevets européens, considère généralement qu'une information erronée ne fait pas partie de l'état de la technique, lorsqu'il apparaît évident pour l'homme du métier qu'il s'agit d'une erreur (T89/87, T77/87, T591/90).

En revanche, l'information rectifiée peut faire partie de l'état de la technique.

Par ailleurs, la publication par erreur d'une demande de brevet avant la date prévue ne constitue pas nécessairement un abus à l'égard du demandeur.

Par conséquent, une telle divulgation pourra être opposable (T585/92).

2.5 *Bénéficiaire de l'information*

Quelles sont les exigences à l'égard de l'aptitude à comprendre les informations? Est-ce que la possibilité qu'une personne puisse obtenir les informations par des étapes supplémentaires, telles que le démontage de modes de réalisation ou une procédure de construction à l'envers (reverse engineering), suffisent à constituer une divulgation? Existe-t-il des règles générales couvrant l'effet de confidentialité ou la confidentialité implicite?

2.5.1 Aptitude à comprendre les informations

L'information n'est considérée comme divulguée, tant en droit français que dans le cadre de la Convention de Munich, que si la divulgation est suffisamment explicite pour qu'un homme du métier puisse la mettre en œuvre.

La divulgation est réalisée même s'il est nécessaire de procéder à des analyses et à une procédure de "reverse engineering" pour avoir connaissance des informations divulguées.

Dans un tel cas, la divulgation est réalisée même si l'homme du métier n'avait aucune raison d'effectuer l'analyse (T406/86).

D'une manière générale, les tribunaux français et l'OEB considèrent une information comme divulguée lorsqu'elle a été rendue accessible au public, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que le public y a eu effectivement accès.

Il suffit donc qu'une seule personne ait eu la possibilité théorique d'y accéder, pour que cette information soit considérée comme divulguée, même s'il est établi que personne, en fait, n'a eu accès à l'information.

Cette conception très sévère pour l'inventeur est fortement ancrée dans le droit français et l'OEB, après quelques hésitations, s'y est finalement rallié (T381/87 et T444/88).

2.5.2 Règles générales relatives à la confidentialité

En droit français, comme dans le cadre de la Convention de Munich, la communication d'une information à une personne tenue à une obligation de confidentialité n'est pas une divulgation.

L'obligation de confidentialité peut résulter d'un contrat exprès. Elle peut également résulter de la qualité de la personne qui reçoit l'information (fonctionnaire, salarié, collaborateur).

Il faut souligner, à cet égard, que la jurisprudence française accepte de manière assez libérale l'obligation de confidentialité.

3. Divulgarion par les nouveaux médias

Le Groupe Français n'a pas connaissance de jurisprudence française relative aux questions de divulgation par les nouveaux médias. Il n'a pas non plus connaissance de décisions de l'OEB relatives à ces questions ou de directives particulières.

Le Groupe Français répondra donc aux questions ci-après en recherchant dans quelle mesure les règles qui s'appliquent aux divulgations par les moyens classiques peuvent également s'appliquer aux nouveaux médias.

3.1 Règles générales

Des informations sans support papier, par exemple dans un réseau électronique ou à travers Internet, constituent-elles une divulgation suffisante susceptible d'affecter la nouveauté ou l'activité inventive? Existe-t-il des exigences spécifiques par rapport à d'autres formes de divulgation? Existe-t-il des différences à l'égard de différentes formes de réseaux ou de communications telles que la « toile » mondiale, les groupes de discussion ou les forums, le courrier électronique et autres?

3.1.1 Comme les textes français et européens prennent en considération tous moyens de divulgation, y compris une divulgation orale, il est clair qu'une diffusion sans support papier dans un réseau électronique constitue en principe une divulgation ayant les mêmes effets qu'une divulgation par un moyen classique, sans exigence particulière.

3.1.2 Une distinction entre les différentes formes de réseaux serait sans doute opérée relativement au problème de l'accessibilité.

Ainsi, il est probable que le courrier électronique serait traité comme une correspondance privée, c'est-à-dire que l'information transmise serait considérée comme divulguée ou non selon les règles applicables pour déterminer si le destinataire est tenu ou non à une obligation de confidentialité.

En revanche, la communication sur les sites web serait considérée comme publique, de même que les groupes et les forums de discussion (sauf si des règles particulières ont été fixées pour en autoriser l'accès).

3.2 Problèmes de confidentialité

Cela fait-il une différence si les informations sont cryptées? Quelle pertinence ont les exigences relatives aux mots de passe, aux moteurs de recherche et aux paiements sécurisés?

3.2.1 Si une information est communiquée de manière cryptée, seul le destinataire peut y accéder. Cette situation ne modifie en rien l'application des règles classiques: l'information sera considérée comme divulguée ou non selon les obligations éventuelles de confidentialité du destinataire.

Si un tiers accède à une information qui ne lui est pas destinée, cryptée ou non, et la divulgue, la règle classique relative à la divulgation abusive pourra éventuellement s'appliquer.

3.2.2 Si l'accès à l'information nécessite la détention d'un mot de passe, les mêmes règles s'appliqueront eu égard aux détenteurs du mot de passe.

3.2.3 Selon la conception de l'accessibilité théorique ci-dessus évoquée, qui est celle des tribunaux français et de l'OEB, il est clair qu'une information

accessible sur un réseau, avec ou sans moteur de recherche, sera considérée comme divulguée, même si en fait personne n'y a eu accès. Il suffira que l'accès ait été théoriquement possible, pour que la divulgation soit considérée comme réalisée.

3.3 *Lieu de la divulgation*

Quel est le lieu de la divulgation si les informations sont mises sur Internet? Le simple fait qu'un site web puisse être accessible en un certain endroit suffit-il pour une divulgation dans cet endroit ou doit-il y avoir des conditions ou exigences supplémentaires?

La question du lieu de la divulgation d'une information communiquée sur un réseau ne se posera jamais en France, puisqu'il n'est fait aucune différence selon le lieu de la communication.

3.4 *Date de la divulgation*

Existe-t-il certaines exigences quant à la date et la durée des informations disponibles par les moyens électroniques? Des archives sont-elles nécessaires ou souhaitables?

Selon la conception de l'accessibilité théorique, la durée de la communication sur le réseau n'aura aucune importance. Il en va de même de la date de la communication puisque les communications anciennes sont prises en compte de la même manière que les communications récentes.

La nécessité éventuelle d'archives relève des problèmes relatifs à la preuve qui sont traités ci-après.

3.5 *Problèmes de preuve*

Qui doit avoir la charge de la preuve qu'une information spécifique a été divulguée sur Internet? Est-ce qu'Internet nécessite des règles différentes de celles existant déjà pour la divulgation orale ou la divulgation par d'autres moyens, Doit-il exister différents niveaux de preuve pour différents modes de divulgation? La manipulation potentielle d'informations divulguées par les nouveaux médias exige-t-elle des normes différentes pour la reconnaissance de cette divulgation, et y a-t-il des règles spécifiques pour ce type de divulgation?

3.5.1 Le Groupe Français rappellera tout d'abord les règles applicables à la preuve de la divulgation, selon le droit français et la Convention de Munich.

Les questions relatives à la divulgation étant des questions de fait, les tribunaux français appliquent les règles relatives à la preuve des faits.

Pour l'essentiel, ces règles reposent sur deux principes: la charge de la preuve d'un fait repose sur celui qui l'invoque, et la preuve d'un fait peut être rapportée par tous moyens (écrits, témoignages, faisceaux d'indices).

Par conséquent, c'est celui qui invoque une divulgation qui devra démontrer le contenu et la date de la divulgation.

En revanche, il appartiendra, le cas échéant, au breveté de démontrer que ceux qui ont eu connaissance de l'information n'avaient pas les capacités de la comprendre ou étaient liés par une obligation de confidentialité.

Pour ce qui concerne les moyens de preuve, les tribunaux français privilégient les preuves écrites, mais ils admettent également les témoignages, sous forme d'attestations écrites, et les faisceaux d'indices.

En pratique, les tribunaux français sont très exigeants en matière de preuve d'une divulgation et ils n'admettront de prendre en compte une antériorité comme destructrice de nouveauté ou d'activité inventive que s'ils ont une quasi-certitude quant à son contenu, sa date et son accessibilité.

Les règles appliquées par l'OEB en la matière sont très similaires, avec une importance plus grande accordée aux témoignages.

- 3.5.2 Ces règles sont transposables sans difficulté aux divulgations réalisées sur les nouveaux médias, à condition de prendre correctement en compte leur spécificité.

Cela signifie que pour chaque divulgation de ce type, il faudra rechercher soigneusement si les faits invoqués sont établis de manière certaine, en tenant compte des particularités techniques qu'ils impliquent.

A titre d'exemple, il est clair qu'une simple impression d'écran, même datée, n'est en aucune manière une preuve de la date et du contenu d'une divulgation, alors même qu'une telle copie se présente sous la forme d'un écrit.

Mais les particularités techniques relatives aux divulgations réalisées sur les nouveaux moyens de communication ne requièrent nullement une modification des règles de preuve appliquées aux divulgations classiques.

Notamment, les règles actuellement appliquées relatives à la charge de la preuve et au niveau d'exigence permettent de résoudre les problèmes spécifiques liés aux particularités techniques de ces nouveaux moyens.

Conclusion

1. Le Groupe Français a exposé les règles de fond et les règles de preuve qui sont actuellement appliquées aux divulgations par les tribunaux français, et les règles très similaires qui sont appliquées par l'Office Européen des Brevets, dans le cadre de la Convention de Munich.

Ces règles reposent sur un certain nombre de principes que l'on peut résumer de la manière suivante:

- toute information communiquée **en tout lieu** et **à toute époque** est une divulgation susceptible de détruire la nouveauté ou l'activité inventive ;
- l'accessibilité **théorique** suffit pour que la divulgation soit réalisée ;
- seule est admise une divulgation établie de manière **certaine** quant à sa date et sa consistance.

2. Ces règles réalisent un équilibre raisonnable entre les intérêts du breveté et ceux des tiers, puisqu'elles sont favorables au breveté sur le plan de la preuve de la divulgation, dont la charge repose essentiellement sur les tiers, et elles sont plutôt favorables aux tiers pour ce qui concerne le lieu, la date et l'accessibilité de la divulgation.

De plus, ces règles ont le mérite de la simplicité, et le contentieux qu'elles suscitent, relativement peu abondant, ne soulève pas de problèmes majeurs.

Il en est notamment ainsi de "*l'accessibilité théorique*", dont la preuve soulève évidemment beaucoup moins de difficultés que celle de l'accessibilité effective.

3. Du fait même de leur simplicité, les règles actuellement appliquées aux divulgations classiques peuvent s'appliquer sans difficulté, et de manière satisfaisante, aux nouveaux moyens de communication.

Il en est ainsi pour les règles de preuve (voir ci-dessus), mais il en est ainsi également pour les règles de fond.

En particulier, la règle selon laquelle la divulgation peut être réalisée en tout lieu et à toute époque évite un grand nombre de problèmes particulièrement difficiles à résoudre dans le cas d'informations diffusées sur un réseau électronique.

Il en est de même de la règle de l'accessibilité théorique dont la mise en œuvre, eu égard à l'information diffusée sur un réseau, est beaucoup plus facile que ne le serait la mise en œuvre d'un système fondé sur l'accès effectif.

4. Pour toutes ces raisons, le Groupe Français estime que les règles actuellement appliquées en France et à l'OEB sont satisfaisantes, et qu'elles peuvent permettre de résoudre sans modifications, les problèmes spécifiques visés par les nouveaux moyens de communication.
5. Le Groupe Français estime également que les principes généraux sur lesquels ces règles reposent pourraient servir de lignes directrices dans l'optique d'une harmonisation.

Résumé

1. Détermination de "*l'art antérieur*"

Selon le droit français et la Convention de Munich, pour qu'une invention soit considérée comme nouvelle, elle ne doit pas être comprise dans l'état de la technique, l'état de la technique étant l'ensemble des informations techniques considérées comme divulguées à une date donnée.

Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique. L'invention dépourvue de nouveauté ou d'activité inventive n'est pas brevetable.

En ce qui concerne les brevets français, les tribunaux n'appliquent aucune directive. Ils appliquent la loi, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence.

Pour les brevets européens, l'OEB dispose de directives d'examen. Les tribunaux français, lorsqu'ils ont à connaître de la validité des brevets européens désignant la France, appliquent les mêmes règles que pour les brevets français.

2. Critères pour la divulgation

2.1 Moyens de divulgation

La loi française et la Convention de Munich n'excluent aucun moyen de divulgation puisqu'au contraire, les deux textes prévoient que la divulgation peut être opérée par tout moyen.

Chaque moyen de divulgation peut poser des problèmes particuliers sur le plan de la preuve, mais dès lors que la divulgation est établie, elle a les mêmes effets, quel que soit le moyen par lequel elle a été réalisée.

2.2 *Date et lieu de divulgation*

La loi française et la Convention de Munich ne font aucune distinction entre les divulgations récentes et les divulgations anciennes.

Elles ne font aucune distinction relativement au lieu de la divulgation.

2.3 *Éléments personnels*

Selon la loi française et la Convention de Munich, la divulgation n'est pas prise en considération si elle a été réalisée par l'inventeur ou son prédécesseur en droit, moins de 6 mois avant la date du dépôt du brevet, par une présentation dans une exposition officielle ou officiellement reconnue.

La divulgation n'est pas prise en compte si elle a été réalisée par un tiers dans les 6 mois précédant la date du dépôt de la demande de brevet, dans le cadre d'un abus évident à l'égard de l'inventeur ou de son prédécesseur en droit.

La communication de l'invention par une personne liée au secret est une divulgation. Cette divulgation peut être considérée comme inopposable si elle a été réalisée moins de 6 mois avant le dépôt du brevet.

Si cette condition de délai n'est pas remplie, l'invention est considérée comme divulguée, l'inventeur disposant éventuellement d'une action en dommages et intérêts à l'encontre de l'auteur de la divulgation.

Il n'existe pas, à la connaissance du Groupe Français, de jurisprudence française relative aux erreurs dans les informations divulguées.

En revanche, l'OEB, dans le cadre de la délivrance des brevets européens, considère généralement qu'une information erronée ne fait pas partie de l'état de la technique, lorsqu'il apparaît évident pour l'homme du métier qu'il s'agit d'une erreur.

2.4 *Bénéficiaire de l'information*

L'information n'est considérée comme divulguée, tant en droit français que dans le cadre de la Convention de Munich, que si la divulgation est suffisamment explicite pour qu'un homme du métier puisse la mettre en œuvre. La divulgation est réalisée même s'il est nécessaire de procéder à des analyses et à une procédure de « *reverse engineering* » pour avoir connaissance des informations divulguées.

D'une manière générale, les tribunaux français et l'OEB appliquent une conception d'accessibilité théorique, et donc considèrent une information comme divulguée lorsqu'elle a été rendue accessible au public, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que le public y a eu effectivement accès.

En droit français, comme dans le cadre de la Convention de Munich, la communication d'une information à une personne tenue à une obligation de confidentialité n'est pas une divulgation.

3. Divulgarion par les nouveaux médias

Le Groupe Français n'a pas connaissance de jurisprudence française relative aux questions de divulgation par les nouveaux médias. Il n'a pas non plus connaissance de décisions de l'OEB relatives à ces questions ou de directives particulières.

3.1 Règles générales

Comme les textes français et européens prennent en considération tous moyens de divulgation, y compris une divulgation orale, il est clair qu'une diffusion sans support papier dans un réseau électronique constitue en principe une divulgation ayant les mêmes effets qu'une divulgation par un moyen classique, sans exigence particulière.

Une distinction entre les différentes formes de réseaux serait sans doute opérée relativement au problème de l'accessibilité comme par exemple le courrier électronique ou les sites web.

3.2 Problèmes de confidentialité

Pour les informations communiquées de manière cryptée auxquelles seul le destinataire peut accéder, ou nécessitant la détention d'un mot de passe, elle seront considérées comme divulguée ou non selon les obligations éventuelles de confidentialité du destinataire.

Si un tiers accède à une information qui ne lui est pas destinée, cryptée ou non, ou dont l'accès nécessite un mot de passe, et la divulgue, la règle classique relative à la divulgation abusive pourra éventuellement s'appliquer.

Selon le principe de l'accessibilité théorique, il est clair qu'une information accessible sur un réseau, avec ou sans moteur de recherche, sera considérée comme divulguée, même si en fait personne n'y a eu accès. Il suffira que l'accès ait été théoriquement possible, pour que la divulgation soit considérée comme réalisée.

3.3 Lieu et date de la divulgation

La question du lieu de la divulgation d'une information communiquée sur un réseau ne se posera jamais en France, puisqu'il n'est fait aucune différence selon le lieu de la communication.

Conformément à l'accessibilité théorique, la durée de la communication sur le réseau n'aura aucune importance.

3.4 Problèmes de preuve

Les questions relatives à la divulgation étant des questions de fait, les tribunaux français appliquent les règles relatives à la preuve des faits, qui reposent sur deux principes: la charge de la preuve d'un fait repose sur celui qui l'invoque, et la preuve d'un fait peut être rapportée par tous moyens.

Ces règles sont transposables sans difficulté aux divulgations réalisées sur les nouveaux médias, à condition de prendre correctement en compte leur spécificité. Il faudra donc rechercher soigneusement si les faits invoqués sont établis de manière certaine, en tenant compte des particularités techniques qu'ils impliquent.

Conclusion

Le Groupe français est d'avis que les règles actuellement appliquées en France et devant l'OEB sont satisfaisantes et peuvent être transférées sans difficulté aux nouveaux moyens

de communication.

Il en est ainsi tant pour les règles de preuve que pour les règles de fond.

En particulier, la règle selon laquelle la divulgation est réalisée en tout lieu et à toute époque, et la règle de l'accessibilité théorique, évitant un grand nombre de problèmes difficiles à résoudre dans le cas d'informations diffusées sur un réseau électronique.

Summary

1. Determination of prior art

According to French and European law, for an invention to be considered new, it must not be included in the state of the art (every technical information considered to be disclosed at a certain date).

An invention is considered as involving an inventive step if, for a person skilled in the art, it is not obvious from the state of the art. An invention deprived of novelty or inventive step cannot be patented.

Concerning French patent, courts do not apply any guidelines. They apply the law, as interpreted by case law.

For European patents, the EPO does have guidelines. French courts, when they determine the validity of European patents designating France, apply the same rules as for French patents.

2. Criteria for disclosure

2.1 Means of disclosure

French law and the Munich Convention do not exclude any means of disclosure, since on the contrary, both texts provide that disclosure made in any way.

Each mean of disclosure may cause specific problems with regard to evidence, but as soon as disclosure has been established, it has the same effect, whatever mean by which it was made.

2.2 Time and place of disclosure

French law and the Munich Convention do not make any distinction between recent and old disclosure.

They do not distinguish between places of disclosure.

2.3 Personal elements

According to French and the Munich Convention, disclosure is not taken into consideration if it was made by the applicant or legal predecessor, less than 6 months before the filing of the patent application, by displaying it at an official or officially recognized at an international exhibition.

The disclosure is not taken into account if it was made by a third party within 6 months preceding the patent filing date, as an evident abuse in relation to the applicant or his legal predecessor.

The communication of the invention by a person bound to secrecy is a disclosure. The state of the art may not be affected if the disclosure was made less than 6 months prior to the filing of the patent.

If this time period is not met, the invention is considered to have been disclosed, with the applicant eventually being able to sue the author of the disclosure for damages.

To the knowledge of the French Group, there is not any case law regarding errors in disclosed information.

However, the EPO, when granting European patents, does not consider that incorrect information is part of the state of the art, when it seems obvious to a person skilled in the art, that it is an error.

2.4 Recipient of the information

The information is considered disclosed, in French law as well as the Munich Convention, only if the disclosure is sufficiently explicit so that a person skilled in the art could implement it. The disclosure is made even if it is necessary to analyze it and to do “reverse engineering” to gain knowledge of the disclosed information.

Generally, French courts and the EPO apply a theoretical accessibility conception, and thus consider that an information has been disclosed when it is accessible to the public without having to prove that the public actually accessed it.

In French law, as well as in the Munich Convention, communication of information to a person bound by confidentiality is not a disclosure, though French case law accepts in a liberal manner the obligation of confidentiality.

3. Disclosure through new media

The French Group does not have any knowledge of French case law regarding questions of disclosure through new media. It also has no knowledge of decisions made by the OPE regarding these questions or specific guidelines.

3.1 General rules

As French and European texts take into consideration any means of disclosure, including oral disclosure, it seems clear that broadcast on an electronic network should create a disclosure with the same effects as disclosure through typical means, without particular requirements.

One distinction between the different kinds of networks would have to do with the issue of accessibility, such as electronic mail or web sites.

3.2 Questions of confidentiality

For information communicated through means of encryption or with a password, it should be considered as disclosed or not depending on potential obligations of confidentiality of the person it is addressed to.

If a third party accesses information not addressed to him, encrypted or not, or whose access necessitates a password, and discloses it, the classical rule regarding abusive disclosure may eventually apply.

Regarding theoretical accessibility, it is clear that information that is accessible on a network, with or without a search engine, shall be considered disclosed, even if in fact

no one had had accessed it. It is sufficient that access was theoretically possible, for the disclosure to be considered made.

3.3 *Place and timing of disclosure*

The place of disclosure of information communicated on a network will never be an issue in France, because it makes no difference where the communication took place.

In accordance with theoretical accessibility, the timing of the communication is not important.

3.4 *Questions of evidence*

Questions regarding disclosure being questions of fact, French courts apply rules of evidence, which rest on two principles: the burden of proof rests on who invokes it, and proof of a fact may be established through any means.

These rules may be transposed without difficulty to disclosures through new media, so long as their specificity is correctly taken into account. It will be necessary to carefully examine if the facts have been established with certainty, by taking into account the technical specifications involved.

Conclusion

The French group believes that the rules being applied in France and before the EPO are satisfactory and may be transferred without problem to new means of communication.

This applies to rules of evidence as well as rules of content.

Especially the rule according to which disclosure may be done in any place and at any time, and the rule of theoretical accessibility, avoiding numerous problems that would have to be resolved should information be broadcast on electronic networks.

