

Sur les notions de nouveauté extrinsèque et d'originalité dans la nouvelle discipline des brevets pour inventions industrielles

1. – Il y a environ 40 ans, dans un travail précédent, j'avais exclu que la vente d'une machine sans clause de secret (et ainsi la communication de la part du inventeur précédent à un tiers ou la violation de l'obligation de secret par celui qui l'a su de l'inventeur), puisse induire automatiquement la pré-divulgation de l'invention qui est la cause de la nullité du droit exclusif d'exploitation industrielle.

J'avais, au contraire, conclu en affirmant qu'il fallait faire des enquêtes sur l'importance effective de la circulation de l'idée innovante dans la société et que seulement une invention qui a eu une diffusion telle qu'on puisse la considérer comme faisant partie du patrimoine culturel de la classe des techniciens à laquelle elle s'adresse, pouvait être considérée comme divulguée.

J'avais, enfin, observé que l'on ne devait prendre en compte que seulement la divulgation produite et celle potentielle ou virtuelle, il fallait donc que l'invention soit communiquée à un nombre indéterminé de personnes, alors que la divulgation à une seule personne ou à plusieurs personnes prises isolément et laissée telle qu'elle aurait tout au plus permis à celles-ci d'en acquérir le pré-usage, avec évidemment le concours de circonstances favorables.

Cette opinion de l'auteur de ces lignes, est restée isolée jusqu'au D.P. 22 (*Décret Présidentiel*) juin 1979 n° 338, tandis qu'aussi bien la doctrine que la jurisprudence continuèrent à considérer pré-divulguée l'invention communiquée à un seul tiers, en raison des informations spécifiques obtenues par celui-ci, ou en raison de l'achat d'une machine sans clause de secret stipulée par le découvreur précédent.

L'article auquel j'ai fait allusion au début a tracé un cadre des opinions courantes à l'époque, auxquelles nous vous renvoyons pour de plus amples informations.

A la base de cette façon de voir si radicale, se trouve la notion de nouveauté extrinsèque tellement absolue et individualiste d'apparaître en contraste avec l'idée de divulgation (ou de notoriété) telle qu'elle est perçue par l'opinion commune.

Les auteurs et les juges ont appréhendé l'autre conditions requise de la nouveauté intrinsèque ou originalité, d'un point de vue également absolu et individualiste en la définissant comme synonyme d'un «apport au progrès technique, qui a comme objectif la souffrance intellectuelle et créative».

De cette manière, le lien entre les deux types de nouveauté (extrinsèque et intrinsèque) ne pouvait pas être saisi de façon profonde (toujours à l'époque où la loi n° 1127/39 était en vigueur), même si certaines personnes avaient déjà compris que l'on se trouvait face à des «aspects coordonnés et intégrant réciproquement une qualité requise complexe, substantiellement unique»⁽¹⁾.

Ceci a été rendu évident par l'erreur de perspective de la doctrine et de la jurisprudence lorsqu'elles résument le rapport des deux aspects de la nouveauté par la formule suivante «ce qui est original n'est pas toujours nouveau, mais ce qui est nouveau est toujours original»⁽²⁾.

Au lendemain de cette lointaine étude, l'auteur de ces lignes a dû de nouveau approfondir les notions d'originalité, de divulgation et leurs liens respectifs.

A cette occasion, il m'est apparu clairement qu'il fallait leur attribuer un sens non absolu, mais relatif, c'est-à-dire qui se réfère obligatoirement «à notre culture» (Kohler) ou plus exactement, au patrimoine culturel de la catégorie des techniciens intéressés par l'invention.

Selon sa ferme conviction, la logique de l'ordre juridique était, en effet, de provoquer la divulgation de ces idées

(1) EULA, *Rassegna della Giurisprudenza della Corte Suprema dans materia di privative industriali*, dans *Revue de Droit commun*, 1946, I, 1, p. 2 et suivantes.

(2) BENEDICENTI, *Rassegna di giurisprudenza della Corte Suprema in materia di privativa industriale*, (1947-1954) dans *Revue de Droit commun*, 1956, I, p. 470 et suivantes, 472 ; Cass. civ., 20 mai 1950, n° 1299.

inventives qui autrement serait destinées à rester individuelles et privées, en enrichissant ainsi le patrimoine culturel commun grâce à la concession de droits exclusifs d'exploitation à titre d'incitation.

C'est sous cet angle que l'on peut s'expliquer le manque d'intérêt des pouvoirs publics à protéger une invention notoire, c'est-à-dire déjà divulguée.

L'idée divulguée est synonyme d'idée appartenant au patrimoine culturel commun. Ce concept signifie une connaissance diffuse et non limitée de l'invention.

De façon analogue – selon son point de vue - l'originalité ne devait pas être comprise en fonction de la paternité morale ou de l'effort intellectuel de l'inventeur, comme une récompense de ses mérites personnels, tel qu'on le faisait précédemment. L'invention devait, en revanche, être considérée comme étant originale, même en l'absence de ces conditions requises, lorsqu'elle ne se présentait pas comme une implication plutôt évidente du patrimoine culturel de référence.

Il est clair, à ce point, que la formule précédente qui résumait le rapport entre les deux aspects (extrinsèque et intrinsèque) de la nouveauté n'était pas correcte et qu'on aurait dû, au contraire, lui préférer la formule suivante : «ce qui est notoire n'est jamais original, ce qui n'est pas notoire peut être ou ne pas être original» qui apparaissait plus exacte.

L'auteur de ces lignes a développé ces idées, il y a maintenant de nombreuses années, c'est-à-dire peu après cette ancienne étude et ses développements.

Par la suite, l'auteur a eu la chance de voir ces mêmes idées codifiées par les art. 14 et 16 du D.P. du 22 juin 1979 n° 338 dans le contexte de la récente norme européenne ⁽³⁾.

2. – La nouvelle discipline continue d'exiger, comme par le passé, la notion de nouveauté (dans ses deux aspects d'originalité et de non divulgation) pour que l'invention puisse être brevetée, mais elle fixe leurs notions dans des termes extrêmement précis.

L'article 14, alinéa 1 du D.P. n° 339/79 établit que l'invention non divulguée est celle «qui n'est pas comprise dans l'état actuel de la technique». Le deuxième alinéa définit le domaine de cet état de la technique qui est une formule équivalente à celle de patrimoine culturel des

(3) Voir article 54 numéros 1 et 2 du Code des brevets européens.

experts de la branche. L'article 16 précise à son tour que l'originalité existe lorsque «l'invention ne ressort pas de façon évidente de l'état de la technique».

Les deux conditions requises se présentent non seulement comme deux aspects de la même notion de nouveauté, mais ont également comme référence commune l'état de la technique.

En définitive, ce qu'il s'agit de discerner est si, au moment du dépôt de la demande de brevet, l'invention faisait partie du patrimoine culturel commun de façon explicite ou d'une façon implicite plutôt évidente.

Partant de cela, on pourra déduire la justesse de la conclusion selon laquelle «l'invention notoire n'est jamais originale» et, vice versa, que l'invention originale suppose l'absence de notoriété.

3. – Le caractère innovant de la récente règle n'a, cependant, pas été compris par notre jurisprudence car celle-ci continue à considérer comme divulguée une invention dont un seul exemplaire a été aliéné à des tiers, sans aucune obligation de secret.

Ceci démontre qu'il faut encore approfondir le sujet et certaines de ses prémisses générales.

Il est opportun de relever que le progrès des sciences (qui constitue en grande partie celui de l'humanité) se base sur la circulation des produits de la culture individuelle dans le cadre de la société et sur le phénomène de leur assimilation par la culture collective. Même si la culture individuelle est souvent en retard par rapport à la culture collective (et indique le degré d'ignorance de l'individu), elle peut parfois la dépasser largement (comme c'est le cas pour les intelligences ou talents exceptionnels). L'invention représente sans aucun doute, un produit de la culture individuelle.

Lorsque l'ordre juridique protège des œuvres de l'esprit et leur réserve, ainsi, un droit exclusif, il n'a pas comme premier objectif celui d'en assurer la propriété à son auteur, mais plutôt de favoriser l'enrichissement de la culture collective grâce à la contribution de la culture individuelle et, en définitive, de réaliser une osmose entre ces dernières. Ceci explique la raison pour laquelle le brevet est concédé à qui présente la demande en premier et non pas au découvreur précédent dans l'absolu et le motif pour

lequel les caractères de nouveauté extrinsèque et d'originalité de l'invention se réfèrent essentiellement à la culture collective.

Analysons maintenant le phénomène communément appelé «la circulation de l'idée innovante dans la société». Tant que cette dernière se trouve à l'état pur de *res cogitata*, elle peut être conservée par le sujet pensant grâce à ce moyen éphémère qu'est la mémoire (d'où il suffit que l'auteur en perde le souvenir pour que l'idée disparaisse) et n'est pas susceptible, en tant que telle, d'être communiquée ou divulguée à des tiers ⁽⁴⁾.

Il est par trop évident que pour être conservée durablement par son auteur et pouvoir circuler, l'idée inventive doit être fixée dans une donnée objective (la machine dans laquelle elle se matérialise, un dessin, un discours oral ou écrit, une formule, etc...).

L'idée innovante, comme n'importe quelle idée, une fois fixée dans une donnée objective, devient autonome également par rapport à qui l'a pensée. Avec le temps, la donnée objective peut provoquer une idéalisation de contenu identique chez son auteur lui-même et, évidemment, chez d'autres sujets qui auparavant l'ignoraient et elle revêt, dans ce cas, la fonction de moyen de représentation de l'idée ⁽⁵⁾. Tel est le cas de la machine industrielle, d'un manuscrit, d'un livre, d'un dessin, d'une bande magnétique.

La capacité représentative du moyen peut être appropriée ou ne pas l'être du tout : ainsi certaines notes sommaires peuvent réveiller l'idée chez son auteur ou la provoquer dans l'esprit de tiers et, si elles sont incomplètes, ne la représenter aucunement pour personne. C'est la même chose pour un dessin ou un discours parlé ou écrit dont le code de lecture est plus ou moins connu ou complètement inconnu.

La possession du moyen de représentation et sa circulation entraîne le même phénomène pour l'idée créative. La circulation de celle-ci peut être, toutefois, autonome par rapport au premier : la lecture du dessin ou du livre suffit et ne nécessite pas l'achat de ce dernier ⁽⁶⁾.

(4) Citons l'exemple classique de l'inventeur qui emporte dans la tombe son secret d'invention sans l'avoir confié à personne, comme ce fut le cas pour Gerolamo Segato pour le procédé de pétrification des cadavres.

(5) Ici, ce n'est pas la même idée de Paul qui est transférée à Pierre, idée dont le premier se dépouille (comme dans la tradition d'une chose corporelle), mais au contraire c'est une idée pensée par Pierre et de contenu identique à celle de Paul dont on peut dire métaphoriquement qu'elle est transférée de l'un à l'autre.

(6) G.G.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, 1913, p. 74.

C'est parce qu'il provoque une idéalisation de contenu identique chez des personnes qui l'ignoraient que le moyen de représentation, recouvre aussi la fonction de moyen de communication.

Comme cela a déjà été dit, une fois que l'idée créative s'est matérialisée, elle est destinée à sortir de la sphère individuelle de son auteur et à se propager dans celle de ceux qui en prennent connaissance finissant, ainsi, par enrichir leur patrimoine culturel (et pas uniquement celui-ci). Ces derniers pourront même demander un brevet pour cette même invention si celle-ci n'a pas déjà fait l'objet d'une précédente demande par une autre personne.

L'inventeur peut risquer d'être précédé par ces derniers ou par un découvreur indépendant qui aurait eu la même idée (7). Ceci explique l'intérêt qu'a l'auteur à garder pour lui et à ne pas communiquer à des tiers l'invention et le moyen qui la représente, c'est-à-dire à garder secrète l'invention qu'il a découverte, au moins jusqu'au moment où la priorité lui est attribuée.

4. – Selon que l'invention se trouve à l'abri de la possible connaissance par des tiers étrangers, ou qu'elle soit désormais entrée en circulation, et dans la mesure où cette dernière est plus ou moins étendue, elle pourra être considérée comme étant à l'état de «secret» ou, au contraire, être connue d'un cercle restreint d'individus, ou bien devenir de notoriété publique et donc divulguée.

Nous commencerons par dire quelques mots sur le «secret».

Une invention peut être qualifiée de secrète lorsqu'elle est gardée pour soi par qui la connaît et lorsqu'elle est cachée aux étrangers (8). Il ne suffit pas que l'invention soit tenue secrète; il faut aussi qu'elle ne soit pas connue autrement (9).

Le secret peut être absolu (top secret) ou relatif.

Cette situation peut prendre fin lorsque l'invention est révélée à qui ne devrait pas savoir

(7) La demande d'exclusivité de l'inventeur peut, en effet, être non seulement précédée par celle d'un découvreur autonome, mais également par celle de la personne à qui l'inventeur a confié l'idée inventive.

(8) U. RUFFOLO, *Segreto*, (in *Dr. Priv.*) *Enciclopedia del diritto*, Milan, 1989, volume 41, p. 1015 et suivantes et *Biblio.* p. 1027 et suivantes. Le secret est le résultat du comportement humain, c'est-à-dire du «garder secret».

(9) En ce sens le «garder secret» pour une invention notoire est communément appelé «secret» de Polichinelle.

ou par l'acquisition de son information par un étranger au moyen d'une activité d'espionnage ⁽¹⁰⁾.

Le secret peut être différemment classifié sur la base de l'intérêt qu'il protège ⁽¹¹⁾. Il peut aussi bien concerner le moyen de communication entre initiés, comme par exemple un langage conventionnel (code secret), l'environnement dans lequel le bien protégé est conservé (archives secrètes), le groupe de personnes préposées (services secrets) et ainsi de suite.

La conservation du «secret» exclut en soi que l'invention devienne notoire.

On peut prendre en considération l'hypothèse selon laquelle l'inventeur (ou le découvreur indépendant) révèle à un tiers ou à un nombre déterminé de personnes, l'idée inventive, avec un pacte de secret ou, à l'opposé, sans aucune limite de confidentialité.

Dans les deux cas, il faut rechercher les réelles dimensions atteintes par la diffusion de la nouvelle de l'invention dans la société et le patrimoine culturel (individuel ou collectif) qui a été enrichi par l'information.

Il faut noter que la communication assortie d'un pacte de secret n'exclut pas en soi la création d'un processus de divulgation qui est une cause de nullité du brevet.

Un phénomène de ce genre a été décrit à l'époque par Manzoni, de façon on ne peut plus expressive, dans «Les fiancés», chapitre XI : lorsqu'il écrit «L'une des plus grandes consolations de cette vie est l'amitié et l'une des consolations de l'amitié est d'avoir à qui confier un secret. Or, les amis ne vont pas deux par deux comme les époux ; généralement, chacun en a plus d'un : ce qui forme une chaîne, dont personne ne saurait trouver la fin. Lorsque donc un ami se procure cette consolation de déposer un secret dans le sein d'un autre, il donne à celui-ci l'envie d'éprouver la même consolation. Il le prie, *il est vrai de n'en rien dire à personne : et qui prendrait cette condition au pied de la lettre couperait irrémédiablement le cours de ces consolations. Mais la pratique générale veut*

(10) L'espionnage n'implique pas la divulgation, en effet, qui obtient des informations en utilisant ce moyen a habituellement intérêt à ce que d'autres, spécialement s'ils sont des concurrents, n'en aient pas connaissance.

(11) Ainsi nous connaissons, le secret d'Etat, le secret militaire, bancaire, professionnel et d'entreprise, etc...

qu'on s'impose seulement de ne confier le secret qu'à un ami dont on est également sûr, en lui imposant la même condition. Et c'est ainsi que d'ami sûr en ami sûr, le secret circule par cette immense chaîne et arrive à la fin aux oreilles de celui et de ceux à qui le premier qui a parlé voulait justement qu'il n'arrive jamais. Il devrait normalement faire un grand bout de chemin, si chacun n'avait que deux amis : celui qui lui dit, et celui à qui il répète la chose qu'il ne devait pas dire. Mais il y a des personnes privilégiées qui comptent de tels amis par centaines et lorsque le secret arrive à l'une de ces personnes, sa circulation devient si rapide et fait des détours si variés, qu'il n'est plus possible d'en suivre la trace ».

De façon analogue, une communication de l'inventeur ou du découvreur autonome à un nombre donné de tiers, sans aucune obligation de confidentialité ne suffit pas en soi pour parler de pré-divulgation si elle n'est pas suivie par la diffusion de la nouvelle telle, qu'on puisse la considérer de notoriété publique. Dans ce dernier cas, c'est le patrimoine culturel individuel et non le patrimoine collectif qui doit être considéré comme enrichi par l'information.

A l'opposé, lorsqu'il existe une diffusion vaste et réelle de l'information inventive à un nombre indéterminé de personnes, au point que celle-ci devra être considérée comme devenue accessible au public, nous nous trouverons face à une divulgation et ce qui a été découvert devra être, désormais, considéré comme notoire.

Ces concepts auraient dû trouver leur pleine application sous l'empire du R.D. du 29 juin 1939 qui exigeait l'absence de pré-divulgation comme condition pour la validité d'un brevet (qui par définition est un phénomène de large diffusion) et non pas que l'invention ait été révélée à qui que ce soit.

Au contraire, comme nous l'avons vu dans l'étude précédente, notre doctrine et la jurisprudence ⁽¹²⁾, sous l'influence française,

(12) Parmi les nombreuses œuvres consacrées au sujet : BONELLI, *Privativa per invenzione industriale*, *Noviss. Dig.*, Turin, 1957, XIII, p. 899 et suivantes ; G. BAVETTA, *Invenzioni industriali*, dans *Encicl. del diritto*, Milan, 1972, XXII, p. 642 et suivantes ; GRECO et VERCELLONE, *Le invenzioni ed i modelli industriali*, in *Trattato di dir. civ.*, UTET, 1968 ; ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milan, 1960 ; R. CORRADO, *Opere dell'ingegno. Privative industriali*, Milan, 1961, p. 62 ; GHIRON, *Corso di diritto industriale*, Rome, 1948, II, p. 106 ; AULETTA-MANGINI, *Opere dell'ingegno ed invenzioni indu-*

(13) issue d'une conception individualiste et absolue, ont identifié la divulgation comme l'absence de conservation du secret, en niant l'importance des dimensions de la diffusion de l'information qui est, au contraire, essentielle.

Selon cette orientation dominante, la révélation de l'invention sans obligation de secret équivalait à une divulgation.

Pour être plus précis, il faut ajouter que auteurs et juges distinguaient la révélation provenant de l'inventeur, qui était réputée confidentielle, de celle provenant d'un découvreur indépendant qui était réputée faite à titre de publicité.

On excluait, dans le premier cas, que la révélation de l'inventeur corresponde à une divulgation, alors qu'à l'opposé, on l'affirmait dans le deuxième.

Prenant en considération l'hypothèse de la vente d'un seul ou de peu d'exemplaires, sans obligation de secret, même dans les dernières années précédant la réforme de 1979, la jurisprudence confirmait malheureusement sa précédente orientation défavorable, en attribuant à cette vente le caractère d'une divulgation potentielle.

On peut classer dans ce sens les décisions suivantes : Trib. Milan, 25 juillet 1977 dans *Giur. annotata di dir. ind.*, 1980, 481 ; Trib. Milan, 1er juin 1973 ; Trib. Bologne, 21 février 1973, dans *Giur. Dir. ind.*, 1973, 735, 440 ; ainsi que Trib. Mantoue, 27 mars 1971 *ibidem*, 1972, 105 ; Trib. Gênes, 29 avril 1971 ; Trib. Varèse, 11 août 1971.

Seule une décision isolée de la Cour d'Appel de Catane du 15 juillet 1974, in *Giur. Dir. ind.*, 1974, page 1000 a affirmé que la vente de deux seuls exemplaires ne peut être considérée comme une divulgation.

La doctrine dominante suit la même évolution que la jurisprudence.

5. – Même si une interprétation restrictive de la nouveauté extrinsèque, telle que nous l'avons vue précédemment, n'était pas fondée avant la réforme de 1979,

striali, (Commentaire Scialoja et Branca) Bologne, 1987, p. 67. M. ROTONDI, *Diritto industriale*, Milan, 1942, p. 182-183 ; RAMELLA, *Trattato della proprietà industriale*, Rome, 1909, I, p. 599.

(13) Parmi les textes les plus significatifs : BEDARRIDE, *Commentaire des lois sur les brevets d'invention*, Paris, 1878-94, n. 375, p. 362-263 ; PUILLET, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de contrefaçon industrielle*, Paris, 1909, numéros 371-445 ; PICARD et OLIN, *Traité des brevets et de contrefaçon industrielle*, Paris, 1869, n° 137.

elle apparaît désormais ouvertement en opposition avec la nouvelle règle entrée en vigueur à la suite du D.P.R. (*Décret du Président de la République*) du 22 juin 1979, n° 838 et dont les aspects fondamentaux ont été ébauchés au début de cet article.

Il a, en particulier, été dit que l'article 14 se réfère à «l'état de la technique» qui est synonyme de patrimoine culturel commun des experts du secteur, et dont la norme en décrit le contenu de façon extrêmement précise et étendue.

Nous avons vu au début de cet article que la logique dont la notion de nouveauté extrinsèque est empreinte, consiste, dans notre système, au fait qu'il est dans l'intérêt public de transférer dans le domaine des connaissances et utilités collectives qui, autrement, serait destiné à appartenir exclusivement à la sphère réservée et individuelle de l'inventeur.

Il est par trop évident qu'un tel intérêt public n'existe pas dans le cas d'une invention notoire et cela explique la nullité d'un brevet concédé pour la protection de cette dernière.

L'existence de l'intérêt public est, en revanche, incontestable dans le cas d'inventions dont l'information est entrée à faire partie du patrimoine exclusivement individuel de personnes autres que l'inventeur et qui est ensuite restée dans ces mêmes sphères individuelles, sans devenir notoire, c'est-à-dire sans entrer dans le patrimoine des connaissances et utilités collectives.

On ne peut pas nier que l'esprit et la lettre de la nouvelle loi aillent dans cette direction.

Entre la formulation plus ancienne de l'article 3 du

R.D. du 30 octobre 1859 qui considérait «nouvelle l'invention à ce jour inconnue», celle intermédiaire des articles 15 et 59 du R.D. du 29 juin 1939 qui considérait «nouvelle l'invention non divulguée» et l'actuelle des articles 14 et 15 selon lesquels est nouvelle l'invention «qui n'est pas comprise dans la technique», il existe des différences spécifiques qui doivent être saisies.

L'«état de la technique» confronté au précédent, ne peut pas être interprété autrement que comme l'épilogue et la conclusion de la divulgation elle-même, en admettant sans le reconnaître que cette dernière puisse être considérée comme synonyme de processus divulgateur, en devenir, dès sa révélation par l'inventeur. Nous reviendrons sous peu sur la portée de la nouvelle règle.

Il convient toutefois de dire immédiatement que le sens des art. 14 et 15 de la réforme de 1979 ne semble pas avoir été saisi aujourd'hui

par la doctrine et la jurisprudence actuelles. Il nous arrive, en effet, de lire dans la doctrine, dans laquelle aucun changement radical d'orientation n'est sensible par rapport aux opinions précédente⁽¹⁴⁾ qu'«en règle générale les problèmes que la notion de divulgation posait à la jurisprudence précédente se représentaient dans les mêmes termes après la réforme de 1979»⁽¹⁵⁾.

En ce qui concerne la jurisprudence, la plupart des décisions suit l'orientation erronée des décisions précédentes et considère ainsi que la vente d'une machine à un tiers sans obligation de confidentialité entraîne la divulgation exactement comme la révélation sans obligation de secret.

On peut citer dans ce sens: Trib. Milan, 19 novembre 1981 ; C. Appel Milan, 21 juin 1982 ; Trib. Milan, 25 octobre 1984, dans *Giur. annotata di dir. ind. Rep. sist.*, 1972-1987, 2, 1.1.2.

Plus récemment, par une décision du 6 octobre 1988 dans *Giur. annotata, di dir. ind.*, 1988, page 773, le Tribunal de Milan a affirmé textuellement : «il y a pré-divulgation de l'invention lorsque un exemplaire du produit, même fermé, très compact et difficilement visionnable, a été vendu avant le dépôt de la demande».

Cet ordre d'idées est – à mon avis – aux antipodes des dispositions combinées des art. 14 et 15 du D.P.R. du 22 juin 1979 n° 838.

La nouvelle norme, évoquée plus haut, a nettement dépassé la problématique précédente.

L'«état de la technique» se réfère à l'appartenance de l'invention au patrimoine commun des connaissances et utilités collectives et suppose que la divulgation est désormais effective et actuelle et plus seulement potentielle et virtuelle.

Il ne faut pas donner d'importance au danger de divulgation, mais uniquement à la divulgation effective. Toute la

(14) Même, dans les éditions récentes des textes traitant de ce sujet, la doctrine affirme résolument qu'une divulgation potentielle de l'invention suffit, qu'à la limite, il suffit, même que cette dernière soit communiquée à une seule personne et que la circulation de l'idée assortie de l'obligation de secret ne donne pas lieu à divulgation : AULETTA-MANGINI, *loc. cit.*, p. 67 ; AMMENDOLA, *Invenzione, marchio, opera dell'ingegno*, Milan, 1977, p. 219 ; GRECOVERCELLONE, *op.cit.*, I, p. 118, 355 ; SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, Milan, 1984, p. 124, note 57.

(15) SENA, *op. cit.*, p. 123.

problématique précédente et les présomptions relatives aux révélations classifiées comme secrètes si elles proviennent de l'inventeur ou, à l'opposé, comme publicité si elles proviennent d'un découvreur autonome, doivent être considérées comme dépassées., Lorsque l'article 14 précise de façon détaillée que l'«état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public» par une description orale ou écrite, un usage, ou par n'importe quel moyen sur le territoire national ou à l'étranger, il établit sans laisser de place au doute que les dimensions de la diffusion de l'information inventive revêtent une grande importance.

On parlera de divulgation lorsqu'un nombre indéterminé de personnes est destinataire de la révélation alors, qu'à l'opposé, on ne pourra pas parler de divulgation si cette même révélation concerne un cercle culturel d'une ou plusieurs personnes prises individuellement, et non comme le patrimoine culturel commun des experts du secteur la rendant, ainsi, «accessible» au public.

6. – Passons maintenant au discours concernant l'autre condition requise, c'est-à-dire l'originalité (ou nouveauté intrinsèque).

Celle-ci s'interprétait, à une époque, comme un apport important de progrès technique, qui avait pour objectif une souffrance intellectuelle créative de l'inventeur⁽¹⁶⁾. La référence subjective n'apparaît, toutefois, pas essentielle à la notion d'originalité, car le droit au brevet ne s'adresse pas tant à celui qui démontre être le père de l'idée inventive, qu'à celui qui démontre en avoir la possession. Tels sont les cas de l'héritier de l'inventeur, du cessionnaire, de l'employeur pour l'invention d'un salarié, de qui a été informé par une révélation (licite ou illicite), au moment opportun, du brevet d'importation.

Ce qui a été découvert peut, du reste, être le résultat d'une difficile activité créatrice de l'auteur qui ignorait cependant que cela avait déjà été découvert par d'autres personnes, ou que cela était déjà connu par ailleurs.

Par la suite, une partie de la jurisprudence, a interprété de façon réductrice l'originalité comme étant équivalente au simple apport de progrès technique⁽¹⁷⁾, alors qu'une autre partie de la jurisprudence et la doctrine à l'unanimité,⁽¹⁸⁾ la définissait comme une invention qu'«un technicien moyen du

(16) EULA, *op. cit.*, *loc. cit.*

(17) C. Appel Milan, 29 septembre 1981 ; Trib. Milan, 26 juin 1975 ; Trib. Rome, 5 novembre 1974 ; C. Appel Milan, 29 mai 1973 ; C. Appel Bologne, 11 avril 1973.

(18) Trib. Milan, 23 Juillet 1974 ; Trib. Milan, 29 septembre 1980 ; Trib. Vicence, 9

secteur ne saurait produire». Par la suite, la jurisprudence confirma une orientation de synthèse (la conception dualiste de l'originalité) ⁽¹⁹⁾.

Enfin, suite à la nouvelle réglementation, et également dans le contexte de la réglementation européenne, l'article 16 du D.P.R. du 22 juin 1979, n° 838, est arrivé à la conclusion de définir l'invention originale, comme celle qui «n'est pas évidente d'après l'état de la technique, pour une personne experte en la matière».

Au simple progrès technique, en lui-même et pour lui-même, seule la valeur d' «indice d'évidence» est attribuée.

Le nouveau législateur montre ici d'interpréter l'originalité comme «nouveau relative à notre culture» et, plus précisément, dans le même sens soutenu en son temps par Kohler.

Ce dernier, en effet, avait défini comme étant «original» une découverte qui n'était pas une implication logique ou un développement de connaissances préexistantes considérées en elles-mêmes ou par l'effet d'un lien entre elles. Ce qui au contraire y appartenait, ne pouvait être considéré comme étant original.

L'«état de la technique» auquel se réfère les nouvelles dispositions réglementaires, a été correctement défini comme étant «le bagage des connaissances d'un technicien moyen du secteur auquel l'invention est destinée». Il faut ainsi considérer comme «originale», l'invention qui ne représente pas une implication logique ou un développement des connaissances de l'opérateur moyen du secteur pris en considération ⁽²⁰⁾

La jurisprudence, dans son ensemble, interprète correctement la réglementation et de nombreuses décisions ont ainsi retenu comme étant originale l'invention représentant une amélioration de la technique préexistante, une solution à un problème qui n'est pas à la portée d'un technicien de base (Cass. civ., 5 septembre 1990, n° 9143 ; Cass. civ., 14 avril 1988, n° 2965 ; Cass. civ., 8 avril 1982, n° 2168 ; Cass. civ., 16 octobre 1980 n° 5570 ; C. Appel Rome, 1^{er} février 1988 ; Trib. Modène, 19 mai 1988, etc...).

novembre 1974 ; C. Appel Turin, 13 juillet 1972 ; Trib. Milan, 23 janvier 1972 ; et pour la doctrine : SENA, *op. cit.* p. 139 ; AULETTA-MANGINI, *op. cit.* p. 42, entre autres.

(19) Cass. civ. 83/6435 ; C. Appel Turin, 13 juillet 1972 ; Trib. Milan, 23 juillet 1984.

(20) DI CATALDO, *L'originalità dell'invenzione*, p. 69 et suivantes.

7. – Quant au rapport entre nouveauté extrinsèque et nouveauté intrinsèque, celui-ci a été - comme nous l'avons dit - résumé de façon erronée par la Cour de Cassation Civile, 20 mai 1950, n° 1209 par la formulation «ce qui est original n'est pas toujours nouveau, ce qui est nouveau est toujours original». L'auteur de ces lignes a déjà fait observer plus haut que ce rapport aurait dû être exprimé plus correctement par la formule «ce qui est notoire n'est jamais original, ce qui n'est pas notoire peut être original ou ne pas l'être». Le rapport entre les deux types de nouveauté n'a pas encore été bien saisi, comme c'est le cas, par exemple, avec la Cour de Cassation Civile, 9 novembre 1987 n° 8263 lorsqu'elle affirme que «la condition requise pour une nouveauté extrinsèque doit être recherchée après la constatation positive de la nouveauté intrinsèque» ou avec la doctrine par Franzosi⁽²¹⁾ selon lequel la distinction entre les deux types de nouveauté serait superflu car «la nouveauté extrinsèque est nécessairement incluse dans la nouveauté intrinsèque».

Il s'agit de propositions erronées, qui bouleversent le rapport correct, parce qu'il ne semble pas discutable que la constatation de la nouveauté extrinsèque est préliminaire et prioritaire par rapport à la nouveauté intrinsèque, dans la mesure où la recherche du caractère original d'une invention notoire ou pré-divulguée apparaît inutile.

Ceci démontre, à mon avis, qu'aujourd'hui encore l'essence intime des deux types de nouveautés qui représentent deux degrés successifs de différenciation de la découverte par rapport au patrimoine technologique, n'a pas encore été comprise.

Autre écrit de l'auteur sur le même sujet :

– «*Se la vendita di una macchina senza patto di segretezza prima della domanda di privativa induca alla divulgazione ex art. 1559 R.D. 29/07/1939 n. 127*», in *Foro Padano* 1954, III, p. 161 et dans *L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*, Cedam 1994, p. 485.

(21) FRANZOSI, *L'invenzione*, p. 46 et suivantes.