

*L'invention brevetable (exclusions, art. 52 CBE ; L611-10 CPI)*  
**France - OEB : divergences, convergences,  
perspectives**



Centre d'études internationales de la **propriété intellectuelle** | CEIPI

Center for International **Intellectual Property** Studies

Institut für internationale Studien des **geistigen Eigentums**

Université de Strasbourg



*13 avril 2021 - webconférence*

*Franck Macrez – Maître de conférences, CEIPI, Université de Strasbourg – Directeur du  
laboratoire de recherche du CEIPI (UR 4375)*



Centre d'études internationales de la **propriété intellectuelle** | CEIPI

Center for International **Intellectual Property** Studies

Institut für internationale Studien des **geistigen Eigentums**

Université de Strasbourg

- 1.- Divergences et convergences : les constats
- 2.- Divergences et convergences : analyse critique
- 3.- Perspectives : de l'existence du pouvoir interprétatif

# 1.- Divergences et convergences : les constats

A.- Les divergences ou la liberté des juges nationaux

B.- Les convergences ou l'influence indéniable de l'OEB

## A.- Les divergences ou la liberté des juges nationaux

1°) Des divergences rendues possibles par le système lui-même (art. 138 CBE)

Pour mémoire : des divergences rendues possible par la Convention

### « Art. 138 Nullité des brevets européens

(1) Sous réserve de l'article 139, le brevet européen ne peut être déclaré nul, avec effet pour un État contractant, que si :

a) l'objet du brevet européen n'est pas brevetable en vertu des articles 52 à 57 ;  
(...) »

*L'éternelle question des programmes d'ordinateurs / inventions mises en œuvre par ordinateur...*

2°) La cristallisation des divergences autour des programmes d'ordinateur

C.R.T. 3.5.1, 1er juillet 1998, T 1173/97, Produit “programme d'ordinateur”/IBM, JO OEB 1999, n°10 p. 620

// TGI Paris, 18 juin 2015, n° 14/05735, SA Orange c/ SAS Free et SAS Freebox : JurisData n° 2015-024803

<p><b>Décision de la Chambre de recours technique 3.5.1, en date du 1<sup>er</sup> juillet 1998</b>  <b>T 1173/97 – 3.5.1*</b>  (Traduction)</p> <p>Composition de la Chambre :</p> <p>Président : P. K. J. van den Berg  Membres : V. Di Cerbo  R. R. K. Zimmermann</p> <p><b>Demandeur : International Business Machines Corporation</b></p> <p><b>Référence : Produit "programme d'ordinateur"/IBM</b></p> <p><b>Article : 23(3), 52(1), 52(2)c, 52(3) CBE</b>  <b>Règle : 27, 29 CBE</b>  <b>Directives C-IV, 2.3</b>  <b>Accord sur les ADPIC : articles 10, 27(1), 27(2), 27(3)</b>  <b>Convention de Vienne : articles 4, 30, 31(1), 31(4)</b></p> <p><b>Mot-clé : "Exclusion de la brevetabilité des programmes d'ordinateurs (pas en toutes circonstances)"</b></p> <p><i>Sommaire</i></p> <p><i>Un produit "programme d'ordinateur" n'est pas exclu de la brevetabilité en application de l'article 52(2) et (3) CBE si sa mise en oeuvre sur un ordinateur produit un effet technique supplémentaire, allant au-delà des interactions physiques "normales" entre programme (logiciel) et ordinateur (matériel).</i></p>	<p><i>Versus</i></p>	<p>« <b>L'article 52 de la CBE est parfaitement clair et ne nécessite aucune interprétation : les programmes d'ordinateurs en tant que tels sont exclus de la brevetabilité</b> et ce, pour la raison qu'ils sont couverts par le droit d'auteur.</p> <p>Il ne peut être prétendu comme seul moyen pour s'opposer à la demande de nullité de ces deux revendications que la pratique de l'OEB, qui admet des revendications de programmes d'ordinateur en les baptisant "programmes-produits".</p> <p>En effet, il ne peut être admis qu'un simple artifice de langage permette de délivrer des <b>brevets <i>contra legem</i></b>.</p> <p>»</p> <p>(TGI Paris 2015 ; v. aussi : TGI Paris, 18 novembre 2016, Xaga c/ Ewala, RG n° 13/11351 ; CA Paris, 16 déc. 2016, n° 14/06444, Dassault Systèmes c/ Sinequa : JurisData n° 2016-027594)</p>
--	----------------------	---

## B.- Les convergences ou l'influence indéniable de l'OEB

## 1°) L'invention, condition autonome

CA Paris, 2016, Sésame (citée par V. Landais) : « exigence », « esprit des textes »

// OEB, gr. ch. recours, 19 mars 1992, T. 854/90, *Lecteur de carte / IBM* : JO OEB nov. 1992. 669; PIBD 1994. III. 53; JCP E 1995. I. 471, no 8, obs. Burst et Mousseron.

« Solution technique à un problème technique »

2°) Nécessité d'identifier des « moyens techniques » (découverte)

CA Paris 2016, Everinud (citée par V. Landais)

« technique »... → « dispositif concret »

### 3°) Nécessité d'utiliser des « moyens techniques »

« utilisation de moyens techniques »

→ CA Paris 2019, Bull (préc.)

→ T 0258/03 (Méthode d'enchères/HITACHI) du 21.4.2004

Dilution de l'exigence (Paris 2019, Thalès, cité par V. Landais), « réduite à peau de chagrin »...

## 2.- Divergences et convergences : analyse critique

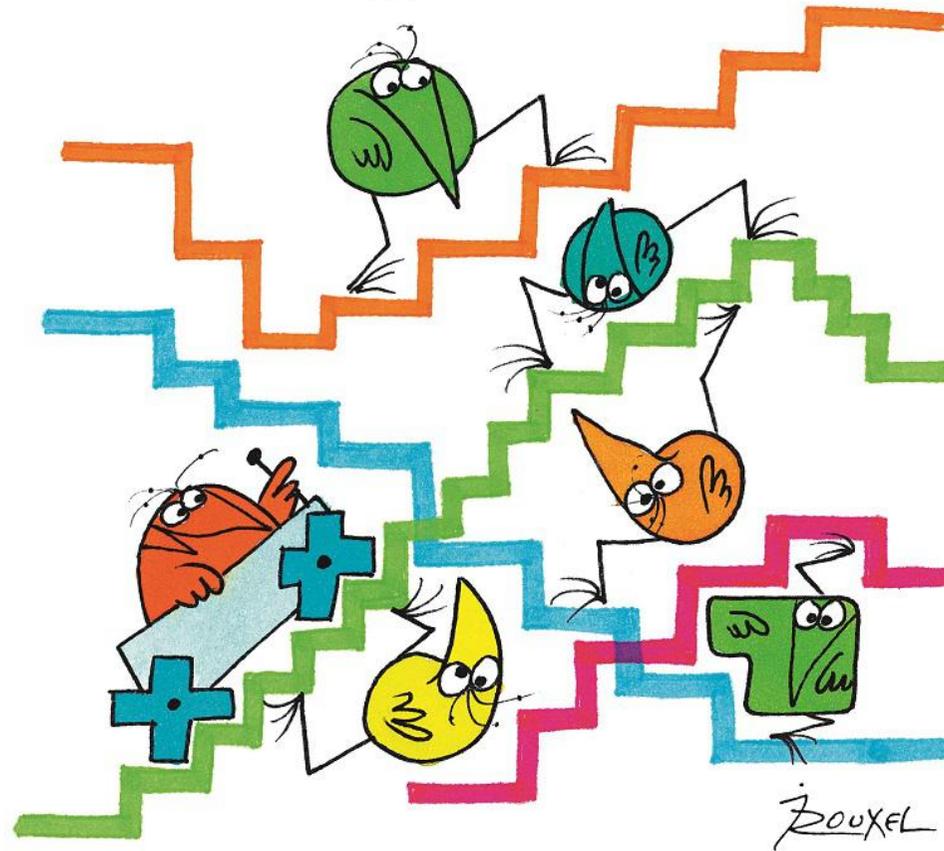
*Évoluer face à un domaine... évolutif*

A.- La divergence ou le risque de la pensée chaotique

B.- La convergence ou le risque de la pensée unique

## A.- La divergence ou le risque de la pensée chaotique

## Les devises Shadok



AVEC UN ESCALIER PRÉVU  
POUR LA MONTÉE ON REUSSIT  
SOUVENT À MONTER PLUS BAS  
QU'ON NE SERAIT DESCENDU AVEC UN  
ESCALIER PRÉVU POUR LA DESCENTE.

La contre-argumentation développée par la jurisprudence française semble parfois :

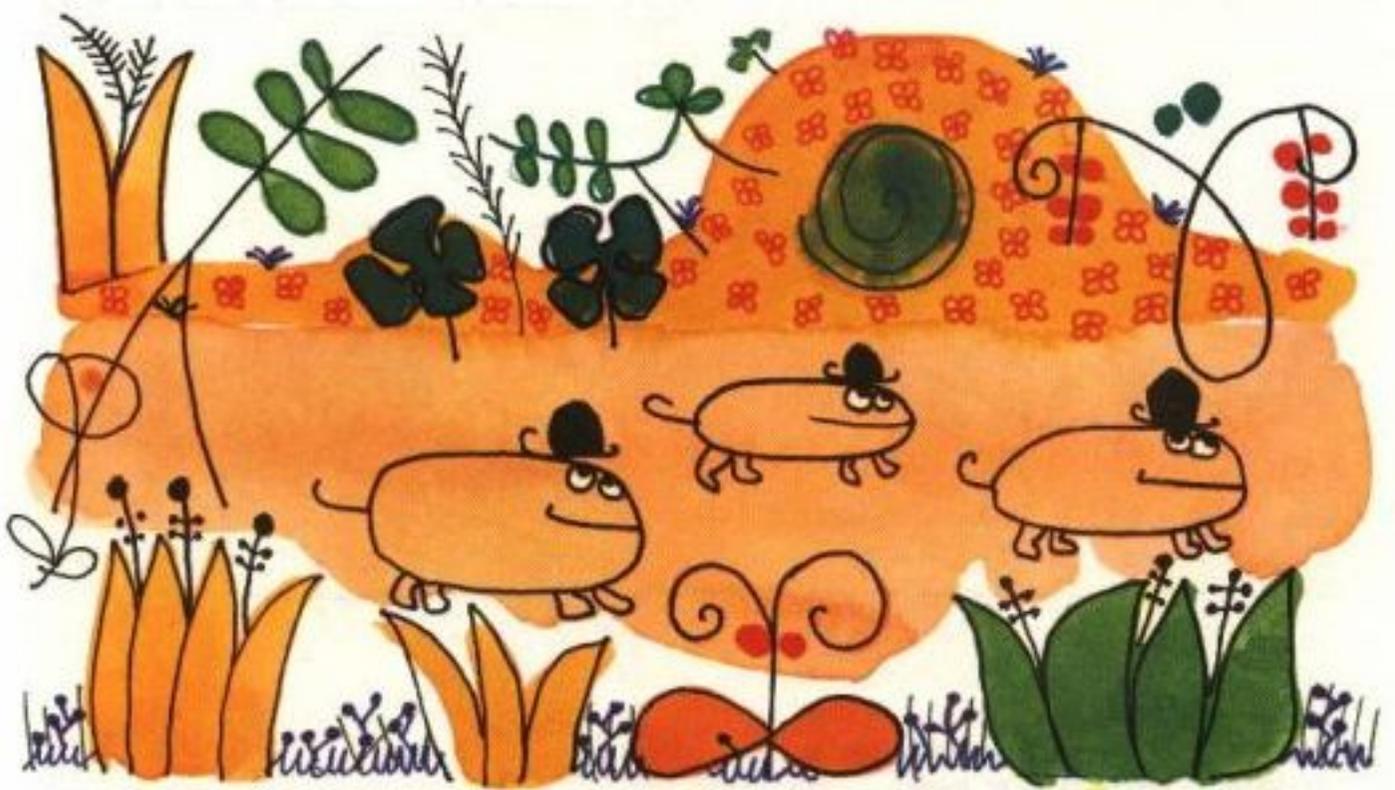
- peu systématique (CA Paris 2016, etc.)

- procéder par affirmation (« c'est un brevet *contra legem* » : TGI Paris 2015)

→ la contradiction des raisonnements de l'OEB pourrait nécessiter d'être mieux étayée

Mais la divergence est-elle nécessairement un mal en soi ?...

## B.- La convergence ou le risque de la pensée unique



→ les déposants veulent de la sécurité juridique,  
la spécialisation induit l'unité, la compétence, voire la rapidité

→ Mais la diversité permet

- de conserver une diversité « culturelle »
- de conserver un contact avec le droit commun
- autrement dit : d'éviter un système autarcique, autocentré
  
- d'évoluer face à un domaine... évolutif

### 3.- Perspectives : de l'existence du pouvoir interprétatif

*L'existence précède l'essence...*

A.- L'existence du pouvoir interprétatif de l'administration

B.- Le statut des interprètes, administration et juges judiciaires

## A.- L'extension du pouvoir interprétatif de l'administration

Méfiance traditionnelle du législateur, qui délègue de son pouvoir à l'administration...

... à considérer que l'interprétation est un acte de pouvoir, est une fonction de volonté (théorie dite « réaliste »)

( // conception traditionnelle : fonction de connaissance = la signification cachée est révélée)

## 1°) France: l'extension accordée

Loi 1968 -----> Loi Pacte

<p>"crible grossier" des demandes (J. Schmidt 1974) « premier filtrage des brevets permettant d'écartier les demandes manifestement absurdes. » (Pérot-Morel 1969)</p>	<p>Activité inventive examinée depuis le 22 mai 2020 : L. 612-12</p>
--	--

## 2°) OEB: l'extension spontanée

- Présence des critères de brevetabilité dans la Convention et non dans le Règlement d'exécution

(Groupe de travail « Brevets », 7 décembre 1964, 11821/IV/64-F-déf. ; Rapport sur la 9ème réunion du groupe de travail, 17 nov. 1971, BR/135/71 ; Conférence intergouvernementale, 5ème session, 15 mars 1972, BR/168/72 ; Conférence diplomatique, 10 sept. 1973, Munich, M/PR/I, p. 30)

- Difficulté de modifier la Convention (convention diplomatique, consensus...)

→ Interprétation indispensable... mais extensive

« technique.... »

Hyperpolysémie...

Grd. Chb., 12 mai 2010, aff. G 3/08, Opinion of the Enlarged Board of Appeal in relation to a point of law referred by the President of the European Patent Office pursuant to Article 112(1) (b), EPC, 2010: n°9.2 : « *We do not attempt to define the term "technical"* »...

## B.- Le statut des interprètes, administration et juges judiciaires

- *Une administration créatrice de droit privé (J.-M. Olivier, Les sources administratives du droit privé, 1981)*

1°) Statut particulier de l'Office

→ indépendance OEB / Union européenne :

- Importance des juges nationaux

- Complexité du *corpus* et de son évolution

## 2°) Dissymétrie des compositions interprétatives

« qualité » de l'interprète

→ [magistrat (juriste) + expert]

*versus*

[2 « juges » techniques + 1 juge juridique]

## En guise de conclusion : convergences et divergences... avec soi-même ?

→ Côté judiciaire :

- Revirements de jurisprudence possibles :

Sésame / Dassault 2016 *versus* Philips / Thalès / Bull 2019... en attendant la C. Cass.

- Importance des colloques de juges européens des brevets

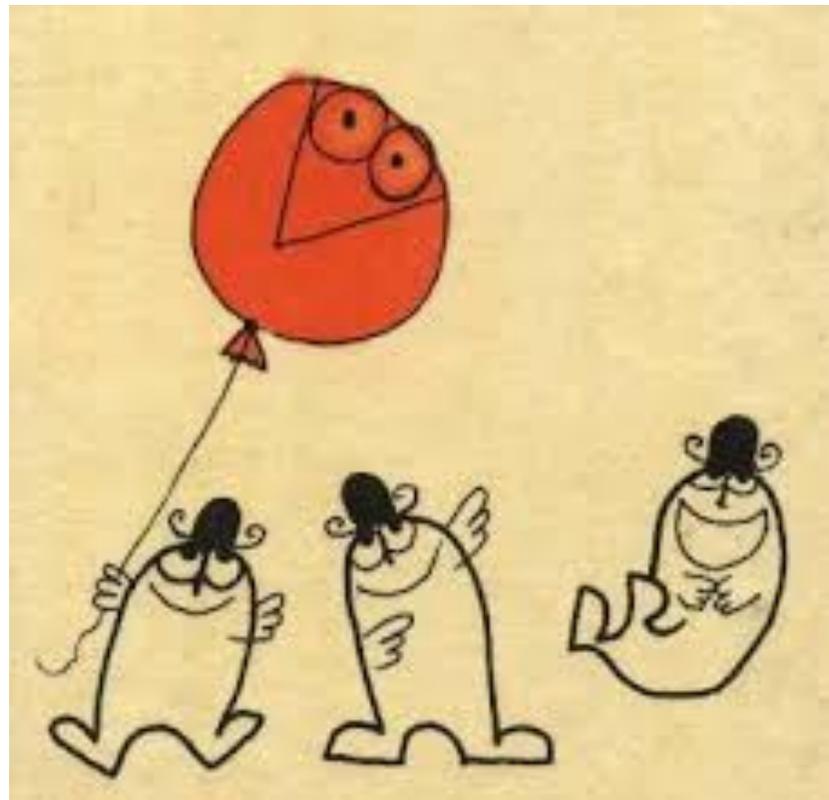
→ Côté Office

- Évolution de la pratique de l'OEB :

→ Irrecevabilité dans G-3/08 (« Il s'agit toutefois d'une évolution légitime de la jurisprudence et il n'existe aucune divergence »)

→ « *l'introduction de la règle 28(2) CBE permet et même appelle une interprétation dynamique de l'article 53(b) CBE.* » (G 3/19 (Pepper (follow-up to Tomatoes II and Broccoli II)) of 14.5.2020, n°XXVI.7

Merci pour votre attention



*Divergence, convergence... balancement.*