

G03/08 Amicus curiae brief

*Le présent mémoire exprime la position de Pierre Breesé, mandataire européen et conseil en propriété industrielle, expert près la cour d'appel de Paris.
Les réflexions résultent de l'expérience professionnelle acquise avec des entreprises et laboratoires académiques concernés par l'innovation dans le domaine de l'informatique.
Ces entreprises et laboratoires académiques sont représentatifs de grandes sociétés, déposantes de brevets, d'entreprises et d'éditeurs de logiciels confrontés, en défense, à des brevets détenus par des tiers, des start-up et des organismes de recherche publique.*

Préambule

L'innovation i.e. la solution apportée à des problèmes techniques recourt de plus en plus à des solutions informatiques et logicielles

- [01] Au XXIème siècle, les problèmes techniques sont très souvent résolus par des solutions mettant en œuvre un programme d'ordinateur, par exemple :
- L'amélioration du rendement d'un moteur à explosion fera appel à un calculateur recevant des signaux provenant de divers capteurs et commandant par exemple des actionneurs de soupapes, l'invention résidant dans une loi de commande inventive. Cette même invention aurait été mise en œuvre dans le passé par une forme particulière d'un arbre à came entraîné par des organes mécaniques.
 - L'amélioration de la robustesse d'une transmission radiofréquence, ou de la qualité du signal électromagnétique, la réduction de la taille du fichier ou de la bande passante nécessaire feront appel à des traitements informatiques
 - L'amélioration de la qualité d'une image numérique ou d'une séquence sonore ou audiovisuelle fera appel à des traitements logiciels.
- [02] La création de valeur par une démarche d'innovation se matérialise de plus en plus par la programmation d'un calculateur, bien plus que dans le calculateur lui-même (même si l'amélioration des calculateurs est par ailleurs une importante source d'innovations). Il est donc essentiel de ne pas écarter ce secteur d'innovation du système des brevets.

Un « programme d'ordinateur en tant que tel » s'apparente à un « plan d'exécution »

- [03] Le « programme d'ordinateur en tant que tel » est à l'invention mise en œuvre par ordinateur ce que le « plan d'exécution » est à une invention mécanique.
- [04] Il est logique d'exclure le « programme d'ordinateur en tant que tel » pour les mêmes raisons qui conduisent à ne pas accorder de protection par brevet à un plan d'exécution d'un dispositif mécanique ou à un dessin technique. L'article 52 CBE exclu d'ailleurs les plans « en tant que tels » au même titre que les programmes d'ordinateur « en tant que tels »
- [05] Il n'est néanmoins pas logique d'écarter des inventions se traduisant par une forme informatique pour la seule raison qu'elles sont mises en œuvre par l'exécution d'un programme informatique par un ordinateur ; ce raisonnement

reviendrait à écarter la brevetabilité d'un dispositif au motif qu'il est mis en œuvre par l'exécution d'un plan technique.

Un programme d'ordinateur peut par ailleurs avoir pour finalité une méthode purement intellectuelle

[06] Un programme d'ordinateur permet également de réaliser des applications qui ne sont pas industrielles mais purement intellectuelles. Il s'agit de programmes d'ordinateur exprimés sous forme d'une succession d'étapes qui chacune, tant prise isolément qu'en combinaison avec les autres étapes, pourrait être exécutées mentalement, par une personne humaine ne disposant d'aucun outil ni équipement. Il s'agit par exemple de :

- Programmes automatisant la production d'un résumé d'un texte
- Programmes réalisant des estimations de risques financiers
- Programmes proposant des critères de recherche contextuelle dans une base de données.

De telles inventions devraient être rejetées au motif qu'elles constituent des méthodes intellectuelles en tant que telles, qui pourraient être mises en œuvre par des opérations exclusivement mentales, sans recours impératif à un quelconque équipement technique.

[07] Néanmoins, dans la réalisation d'applications purement intellectuelles, un programme d'ordinateur peut remédier de manière non évidente à un problème technique. La solution technique non évidente apportée au problème rencontré avec un programme connu antérieurement est brevetable, même si le programme concerne une application non industrielle et purement intellectuelle. Il s'agit par exemple :

- D'un programme d'ordinateur permettant de réduire significativement le temps de traitement d'un grand volume de données, par une organisation ou structuration non évidente de ces données et des étapes de traitement inhabituelles
- D'un programme permettant de fournir un résultat par un procédé d'estimation sur un échantillon réduit de données.

Des dérives anecdotiques doivent conduire à l'exclusion de la brevetabilité

[08] En dernier lieu, il convient de relever certaines dérives consistant en une formulation délibérément amphigourique des revendications. Cette pratique consiste à masquer l'absence d'activité inventive par une apparente complexité terminologique dans le but de leurrer l'examineur ou le juge. Ces pratiques ne sont pas spécifiques aux inventions mises en œuvre par ordinateur. Il s'agit par exemple :

- Procédé de stimulation de l'activité cérébrale à l'aide d'un bras robotisé muni à son extrémité distale d'un organe articulé allongé caractérisé en ce qu'il comporte une étape de déplacement rapide de l'extrémité dudit organe en direction du crâne du penseur, une étape de positionnement de ladite extrémité en contact du cuir chevelu du penseur et au moins une étape de déplacement alternatif de ladite extrémité sur la surface du cuir chevelu, selon une trajectoire sensiblement hémisphérique,

avec une pression locale comprise entre 10 et 50 grammes par centimètre carré. (autrement dit, « on se gratte les cheveux quand on est perplexe »)

Généralement, les différentes étapes correspondent à des enchaînements relevant du bon sens et reproduisant simplement une démarche banale, bien qu'exprimée sous une forme d'apparence complexe et créant artificiellement un impression de non évidence.

[09] Une autre dérive consiste à revendiquer le résultat fourni par le programme d'ordinateur et non pas les moyens mis en œuvre pour atteindre ce résultat, voire à ne pas les décrire de manière suffisamment claire et complète. Par exemple :

- Procédé de commerce électronique caractérisé en ce qu'il comporte une étape d'acquisition d'une image sur un catalogue imprimé, une étape de reconnaissance de l'article figurant dans ladite image et une étape de transmission d'une proposition de commande dudit article.

Ce type d'invention est sans doute le plus délicat à traiter, car l'effet atteint peut être très novateur, et la démonstration de l'insuffisance de description difficile à établir positivement. L'octroi d'un tel brevet conduit souvent à l'appropriation d'un résultat, et pas seulement d'un moyen nouveau, inventif et suffisamment décrit, pour atteindre ce résultat.

La pratique de l'OEB et les débats qui en résultent

- [10] L'OEB a élaboré une méthode d'appréciation facilitant l'interprétation de l'article 52 CBE et l'application des dispositions relative à l'exclusion des « programmes d'ordinateur en tant que tel ». Cette méthode conduit à introduire une notion « d'effet technique supplémentaire allant au-delà des interactions physiques normales entre le programme et l'ordinateur ».
- [11] Cette méthode, qui a montré son efficacité du fait d'une approche pragmatique, repose toutefois sur une interprétation très libre de la CBE, et finalement ne fait que déplacer le problème de l'interprétation de l'article 52, vers un nouveau problème qui est celui de l'interprétation de la notion de « technique ».
- [12] Si la pratique de l'OEB, telle qu'établie dans les « directives aux examinateurs », conduit à une raisonnable sécurité des déposants et des tiers et à une prévisibilité convenable des décisions des examinateurs, elle introduit des considérations juridiques qui ne sont pas expressément visées par la CBE. Cette situation n'est donc pas totalement satisfaisante et un retour aux « fondamentaux » serait souhaitable.
- [13] Toutefois, le nœud du problème réside dans une définition positive du terme « invention ». L'échec du projet de directive sur la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur doit conduire à la plus grande prudence et à ne pas engager un chantier législatif dont l'issue pourrait être pire que la situation actuelle dont les usagers de la PI se satisfont globalement, nonobstant des critiques sporadiques, et une certaine instrumentalisation des débats par des courants de pensée économique alternatifs.

Questions

1. Can a computer program only be excluded as a computer program as such if it is explicitly claimed as a computer program?

NON. La formulation de la question, et en particulier le terme « only » conduit à comprendre la question de la façon suivante : « une invention dont la revendication n'est pas expressément formulée sous forme de programme d'ordinateur ne peut pas être exclue de la brevetabilité à titre de « programme d'ordinateur en tant que tel ».

Comme cela a été mentionné en introduction, l'art des rédacteurs de brevet conduit à l'emploi de périphrases. Si la réponse à cette question 1 était positive, cela priverait l'examineur de sa capacité d'interprétation de la réalité de l'invention revendiquée, et donc l'empêcherait d'écarter une invention qui dans le fond – mais pas dans la forme – constitue un programme d'ordinateur en tant que tel.

2.(a) Can a claim in the area of computer programs avoid exclusion under Art. 52(2)(c) and (3) merely by explicitly mentioning the use of a computer or a computer-readable data storage medium?

NON. Il n'est pas souhaitable que l'application des dispositions 52.2c et 52.3 puisse être écartée par des astuces de forme, par une écriture spacieuse des revendications.

(b) If question 2(a) is answered in the negative, is a further technical effect necessary to avoid exclusion, said effect going beyond those effects inherent in the use of a computer or data storage medium to respectively execute or store a computer program?

OUI. Toutefois la formulation de la question n'est pas très satisfaisante car elle semble ajouter des critères de brevetabilité non expressément visés par la CBE.

La réponse est néanmoins positive, par cohérence avec le souci de ne pas voir appliquer les dispositions de l'article 52 CBE sur l'apparence de l'invention revendiquée, mais sur la réalité de cette invention au-delà d'éventuels artifices de forme et de rédaction de la revendication.

3.(a) Must a claimed feature cause a technical effect on a physical entity in the real world in order to contribute to the technical character of the claim?

NON car :

- La formulation est ambiguë : qu'est ce qu'une « entité physique » et le « monde réel » ?
- Elle ajoute des critères nouveaux à ceux prévus par la CBE, ce qui n'est pas souhaitable. Et de surcroît ces critères sont formulés d'une façon imprécise et sujette à toute sorte d'interprétations contradictoires.

(b) If question 3(a) is answered in the positive, is it sufficient that the physical entity

be an unspecified computer?

Sans objet

(c) If question 3(a) is answered in the negative, can features contribute to the technical character of the claim if the only effects to which they contribute are independent of any particular hardware that may be used?

OUI.

4.(a) Does the activity of programming a computer necessarily involve technical considerations?

Oui, dans la mesure où la programmation d'ordinateur nécessite la maîtrise d'un outil informatique et de son langage. Tout comme le dessin d'un plan d'exécution ou d'un dessin technique implique des considérations techniques. Mais cette réponse positive ne doit pas être comprise comme rendant nécessairement brevetable la programmation d'un ordinateur.

(b) If question 4(a) is answered in the positive, do all features resulting from programming thus contribute to the technical character of a claim?

La logique veut que la réponse soit « OUI ». Toutefois, cela n'entraîne pas d'autre conséquence concernant la brevetabilité de l'invention ainsi revendiquée.

Conclusions

1. Les déposants tout comme les industriels exploitant des logiciels, des équipements informatiques ou commandés par des programmes d'ordinateur, ainsi que leurs conseils, ont besoin d'un cadre réglementaire stable et lisible et une application prévisible de ce cadre réglementaire par l'OEB et les tribunaux nationaux.
2. On peut considérer que la pratique actuelle des divisions d'examen, d'opposition et de recours de l'OEB répond globalement à cette attente
3. La doctrine de l'OEB peut certes progresser, à condition d'améliorer encore la prévisibilité des décisions et de ne pas créer de nouvelles incertitudes et ambiguïtés
4. Les quatre questions posées à la Grande Chambre de Recours ne semblent pas contribuer de manière effective à l'objectif susvisé, dans la mesure où elles portent sur des considérations qui ne sont pas directement visées par la CBE et comprennent souvent des ambiguïtés dans leur formulation.

Pierre Breesé

