




L'appréciation de l'activité inventive: le devoir d'objectivité

Dariusz Szleper
Avocat à la Cour



Importance du critère d'activité inventive dans le débat sur la validité des brevets

- ▶ Le rôle des brevets dans l'économie contemporaine:
 - exemple: GAFA
 - (1.516 milliards de dollars = 1.336 milliards d'euros de capitalisation);
 - leur réussite est basée fondamentalement sur la propriété intellectuelle et notamment sur les brevets d'invention



Importance du critère d'activité inventive dans le débat sur la validité des brevets

- ▶ Pratique judiciaire française:
 - une proportion très significative des brevets annulés
 - le défaut d'activité inventive est le motif principal des décisions d'annulation de brevets
- ▶ Paradoxe:
 - l'examen de la brevetabilité opéré par l'OEB semble de plus en plus perfectionné
 - comme d'ailleurs le rapport de recherche de l'INPI et son avis sur la brevetabilité



Les difficultés d'appréciation

- Intrinsèques à la personne opérant l'évaluation :
 - Compétence/incompétence dans le domaine technique concerné
 - Subjectivité du point de vue
 - Préjugés divers (culturels, cognitifs etc.)



Les difficultés d'appréciation

- ▶ Extrinsèques à la personne opérant l'évaluation :
 - contraintes matérielles
 - l'imprécision de la règle du droit
 - le sous-développement de la doctrine et de la jurisprudence sur la question



Les difficultés d'appréciation

- ▶ Extrinsèques à la personne opérant l'évaluation (suite) :

- La frontière entre ce qui relève de l'effort intellectuel caractérisant une invention protégeable et une solution technique qui s'impose à l'homme du métier sans mériter la protection, est difficile à tracer.



Les difficultés d'appréciation

➤ Antoine de Saint-Exupéry :

« Terre des hommes » de 1939

« La perfection de l'invention confine ainsi à l'absence de l'invention »



Le risque de biais rétrospectif dans l'appréciation de l'activité inventive

Biais rétrospectif.

- C'est la tendance à rationaliser après coup, un événement qui s'est produit et le considérer a posteriori comme plus probable ou prévisible qu'il n'était effectivement avant sa survenue.
- Cette tendance correspond à la formule : « *je le savais depuis le début* ».
Instinctivement, l'homme cherche à rendre le présent, c'est-à-dire l'évènement réalisé, cohérent avec le passé.
- Ce phénomène psychologique n'a été décrit qu'en 1975 par un Professeur américain en sciences sociales **Baruch Fischhoff**



Le risque de biais rétrospectif dans l'appréciation de l'activité inventive

Biais rétrospectif:

Les conclusions suivantes ont été tirées par ce scientifique :

- L'homme a tendance à surestimer la probabilité d'un événement lorsqu'il sait qu'il s'est déroulé ;
- L'homme estime toutes les alternatives de même valeur toutes aussi probables, lorsqu'il ne connaît pas l'issue de l'évènement ;
- Et il estime plus probable l'une des alternatives lorsqu'on lui fait croire que celle-ci est survenue, même lorsqu'elle ne l'est pas.



Le risque de biais rétrospectif dans l'appréciation de l'activité inventive

Biais rétrospectif:

- Cette inclinaison de l'esprit humain peut s'expliquer par le fait qu'un évènement qui s'est produit est plus accessible mentalement que des situations possibles qui ne sont pas réalisées.
- En effet, ces dernières nécessitent un effort de représentation mentale élaborée par un raisonnement abstrait qui ne vient pas naturellement à l'esprit de l'homme.



Le risque d'un raisonnement a posteriori dans l'appréciation de l'activité inventive

► Le fait d'examiner l'activité inventive d'une invention brevetée dans une position où on connaît à la fois:

- le point de départ, constitué par l'art antérieur
(souvent le plus proche)

- et le point d'arrivée, c'est-à-dire l'invention dont la brevetabilité est contestée,

sans avoir à l'esprit, le fait qu'à la date de priorité, l'homme du métier ne connaissait pas l'invention qui a résolu le problème technique.



Le risque d'un raisonnement a posteriori dans l'appréciation de l'activité inventive

- Position de la jurisprudence française:

- difficulté à se faire une opinion

car le phénomène n'apparaît pas discuté dans les décisions

- mais on peut se poser la question si ce risque est identifié et s'il est pris en compte dans le processus de la décision, dans la mesure où les décisions d'annulation des brevets caractérisent fréquemment l'absence de l'activité inventive par le seul fait que:

- l'homme du métier « **pouvait** » réaliser l'invention à partir des documents de l'art antérieur.



Le risque d'un raisonnement a posteriori dans l'appréciation de l'activité inventive

► Comment le surmonter ?

- Raisonner comme si on ne connaissait pas l'invention faisant l'objet du brevet en débat ?

- Toujours rechercher en quoi l'art antérieur incitait l'homme du métier à choisir la voie qui a abouti à l'invention

- Faire appel à des indices de brevetabilité.

- Faire jouer son plein effet à la règle selon laquelle la provision est due au titre.

Et en conséquence, en cas de doute, en faire bénéficier le brevet.



Méthodologie de l'appréciation de l'activité inventive

- Malgré 50 ans de la réflexion sur ce critère
de la brevetabilité
toujours immense chantier à réaliser !