

Kluwer Patent Blog

Qualité des brevets de l'OEB : D'où venons-nous, où en sommes-nous et où allons-nous ?

Thorsten Bausch (Hoffmann Eitle) - Mercredi 5 juin 2024

1. Préambule : Le triangle de fer

Dans le domaine de la gestion de projet, il existe une loi connue sous le nom de "triangle de fer", qui stipule que la réalisation d'un projet s'articule autour de trois points sur un triangle métaphorique : le temps, le coût et la qualité. En d'autres termes : à quelle vitesse le projet peut-il être réalisé, à quel coût et quelle est la qualité de l'objet livré ? Tout gestionnaire de projet sait qu'il y a toujours un compromis à faire : il est possible de réaliser deux de ces points, mais jamais les trois.

Par exemple, imaginez que votre projet consiste à examiner les demandes de brevet. L'objectif est de récompenser (uniquement) par un monopole (temporaire) les inventeurs qui ont contribué à l'état de la technique en divulguant une véritable innovation. Accorder des monopoles à des inventions qui n'atteignent pas ce seuil risque d'entraver la liberté de l'activité économique et de bloquer l'économie en général.

Vous pouvez examiner et délivrer des brevets à peu de frais et rapidement, mais ils ne seront pas bons. Vous avez sacrifié la qualité. En substance, ils ne seraient pas meilleurs que des modèles d'utilité non examinés, comme je l'ai soutenu plus tôt dans ma modeste proposition.

Ou bien vous pouvez examiner les demandes de brevet rapidement et avec une grande qualité, mais vous aurez alors besoin d'un grand nombre d'examineurs travaillant rapidement sur chaque cas, ce qui sera très coûteux pour l'Organisation européenne des brevets et ses utilisateurs.

Ou bien on peut examiner les demandes de brevet avec une grande qualité et maintenir les coûts bas en limitant ou même en réduisant le nombre d'examineurs, mais cela signifie que l'on sacrifie la rapidité. Et un effet secondaire indésirable pour les demandeurs sera qu'ils devront attendre très longtemps leur "récompense" (le brevet), mais qu'ils devront néanmoins payer chaque année les considérables taxes de renouvellement de l'OEB.

Ceci étant dit, il n'est pas réaliste d'attendre de l'OEB, ou même de tout gestionnaire de projet, qu'il fournisse l'optimum dans chaque dimension (par exemple, un brevet de qualité supérieure dans un délai de quelques semaines et gratuitement) pour commencer. Toutefois, cela ne doit pas être considéré comme une excuse ou une raison de se complaire dans l'autosatisfaction. S'efforcer d'obtenir la meilleure qualité de brevet possible reste un objectif qui mérite d'être poursuivi, et les déposants sérieux comprendront qu'une bonne qualité s'accompagne d'un prix et d'un délai. À l'inverse, ils comprendront ou approuveront beaucoup moins une politique qui met la rapidité

(rendement) au premier plan, car cela ne fera qu'entraîner des brevets de moindre qualité et une augmentation substantielle des taxes, comme cela s'est produit en avril de cette année. Pour plus d'explications, voir [ici](#). Malheureusement, il semble que ce soit la trajectoire actuelle de l'OEB, du moins lorsque les gestionnaires [parlent de dinde](#).

2. Quels sont les indicateurs et les chiffres actuels pour mesurer la qualité des brevets ?

La qualité des brevets est notoirement difficile à mesurer, et la comparaison des chiffres absolus ou des scores des différents tests entre eux ne sera pas très instructive. Je dirais également qu'aucun des tests développés jusqu'à présent ne fournira une image complète et précise de la situation. Chaque méthodologie a ses limites et ses inconvénients. Ceci étant dit, examinons plus en détail certains des chiffres et indicateurs actuels.

Le 08.03.2024, l'OEB a publié un nouveau [tableau de bord de la qualité](#) et de nouveaux "indicateurs clés de performance" (ICP). Une partie de ces KPI est mesurée par l'audit de qualité de la direction (DQA) sur la base d'un échantillon de 750 produits sélectionnés de manière aléatoire, une autre reflète l'évaluation des enquêtes périodiques de satisfaction des utilisateurs sur les produits de recherche et d'examen de l'OEB.

Les chiffres internes actuels de l'OEB montrent que, selon le CQD, 7,4 % des délivrances étaient fondées sur une évaluation incorrecte de la nouveauté et de l'activité inventive et 4,6 % sur une évaluation incorrecte de la matière ajoutée (il est possible que certains produits présentent des déficiences dans les deux dimensions). Pourtant, 78% des utilisateurs de l'OEB ont jugé les produits d'examen bons ou très bons. Différentes mesures, différents "auditeurs" - je pense donc qu'il est difficile de comparer directement ces chiffres. Par exemple, l'AQD a également mesuré la qualité des produits de recherche de l'OEB et a trouvé des antériorités plus pertinentes dans 3,7 % d'entre eux. Je ne sais pas si les utilisateurs tiennent compte d'une telle possibilité lorsqu'ils fournissent leurs marques.

Une autre possibilité de mesurer indirectement la qualité des brevets consiste à examiner ce qu'il advient des brevets lorsqu'ils sont correctement contestés dans le cadre d'une procédure d'opposition. À cet égard, nous devons une grande reconnaissance à Daniel X. Thomas, qui a mené des recherches approfondies sur cet aspect, en se basant uniquement sur les décisions publiées des chambres de recours de l'OEB dans les procédures d'opposition, qu'il a lues et analysées. Daniel a publié ses premières conclusions sur l'excellent [blog IP Appify](#) en avril, mais m'a aimablement fourni des chiffres actualisés (statut : 3.6.2024) et l'autorisation de les publier ici.

En prenant comme référence les décisions publiées entre le 1.1.-3.6.2024, Daniel Thomas a examiné 551 décisions, dont 502 ont statué sur la validité du brevet opposé. Ses résultats sont les suivants :

●Maintien sous forme modifiée	182, soit 36,3 %
●Révocation totale	242,48,2 %.
●Rejet de l'opposition	78,15,5%.

Daniel a également observé que dans 64,4 % des décisions publiées, la décision de la DO a été annulée par une BA. Ce chiffre est stupéfiant, d'autant plus que les règles de procédure devant les chambres de recours rendent extrêmement difficile l'introduction de nouveaux faits (par exemple, de nouvelles antériorités ou des demandes auxiliaires entièrement nouvelles) lors d'un recours. Ainsi, au moins en théorie, la chambre de recours ne devrait se prononcer que sur des questions de droit, que les examinateurs de première instance sont censés connaître également. Même s'il serait manifestement irréaliste de s'attendre à une convergence à 100 % des décisions de première et de deuxième instance, je trouve étonnant que les divisions d'opposition semblent se tromper, du moins statistiquement, beaucoup plus souvent qu'elles n'ont raison.

Dans la plupart des cas, les BA sont plus sévères que les divisions d'opposition. Cependant, comme Daniel l'a bien noté, il est frappant pour le premier trimestre 2024 que dans 17 cas sur 78, soit 21,8 %, le rejet par le BA a été précédé d'une révocation ou d'un maintien sous forme modifiée par la division d'opposition.

Les principales divergences entre la décision du DO et la décision du BA étaient les suivantes (les pourcentages sont relatifs au nombre total de décisions du DO mises de côté par le BA) :

- Maintien sous forme modifiée de la révocation du brevet 31.3%
- Rejet de l'opposition à la révocation du brevet 17.5%
- Entretien sous forme modifiée à entretien sous une forme différente 18.6%
- Rejet de l'opposition au maintien sous sa forme modifiée 4.9%
- Révocation ou maintien sous une forme modifiée du rejet de l'oppo 15.5%
- Remises pour la suite des poursuites 8.9%

Un autre rapport de qualité indépendant a été publié fin 2023 par IP Quants, sur la base des données publiées par l'OEB et d'une analyse similaire à celle menée par Daniel Thomas, mais comprenant un certain nombre d'autres aspects intéressants. Le rapport complet est téléchargeable au format pdf ici : [Qthena_Insights_Report_3_2023_by_ipQuants_AG](#) et je vous recommande vivement de le lire dans son intégralité. Toutefois, pour les besoins de ce résumé, il peut suffire de reproduire les principales conclusions d'IP Quants :

Principales conclusions :

- **Augmentation de la charge de travail en attente** : Le nombre de demandes de brevet en instance à l'OEB a augmenté de 7,54 % entre 2018 et 2022, ce qui indique une augmentation de la charge de travail qui, traditionnellement, nécessiterait un plus grand nombre d'examineurs.
- **Réduction du nombre d'examineurs** : Le nombre d'examineurs de brevets de l'OEB a diminué de 7 % entre 2018 et 2022, malgré l'augmentation des demandes en instance, ce qui suggère une charge de travail plus importante par examinateur et des difficultés potentielles à maintenir la qualité de l'examen.
- **Diminution du délai de décision** : Le délai de décision pour les demandes directes de brevet européen a été réduit d'environ 10 % entre 2019 et 2022, ce qui laisse présager un processus d'examen plus rapide, mais peut-être moins approfondi.
- **Diminution de la communication** : Une proportion considérable (48 % en 2022) des demandes de brevet européen délivrées n'a fait l'objet d'aucune communication officielle au titre de l'article 94(3) CBE, ce qui représente une augmentation par rapport à 2013 (43 %) et soulève des questions quant à la profondeur de l'examen.
- **Les résultats des oppositions en tant qu'indicateur de qualité** : Le taux élevé d'oppositions réussies (72,9 %) indique que de nombreux brevets délivrés par l'OEB ne résistent pas aux contestations postérieures à la délivrance, seuls 27,1 % des cas maintenant le brevet tel qu'il a été délivré.

3. Comment évaluer la qualité des brevets de l'OEB ?

Reprenons ce chapitre avec le rapport d'IP Quants, dont la conclusion est la suivante :

Les données présentées dans ce rapport confirment les préoccupations concernant la qualité de l'examen et la charge de travail à l'OEB, faisant écho aux questions

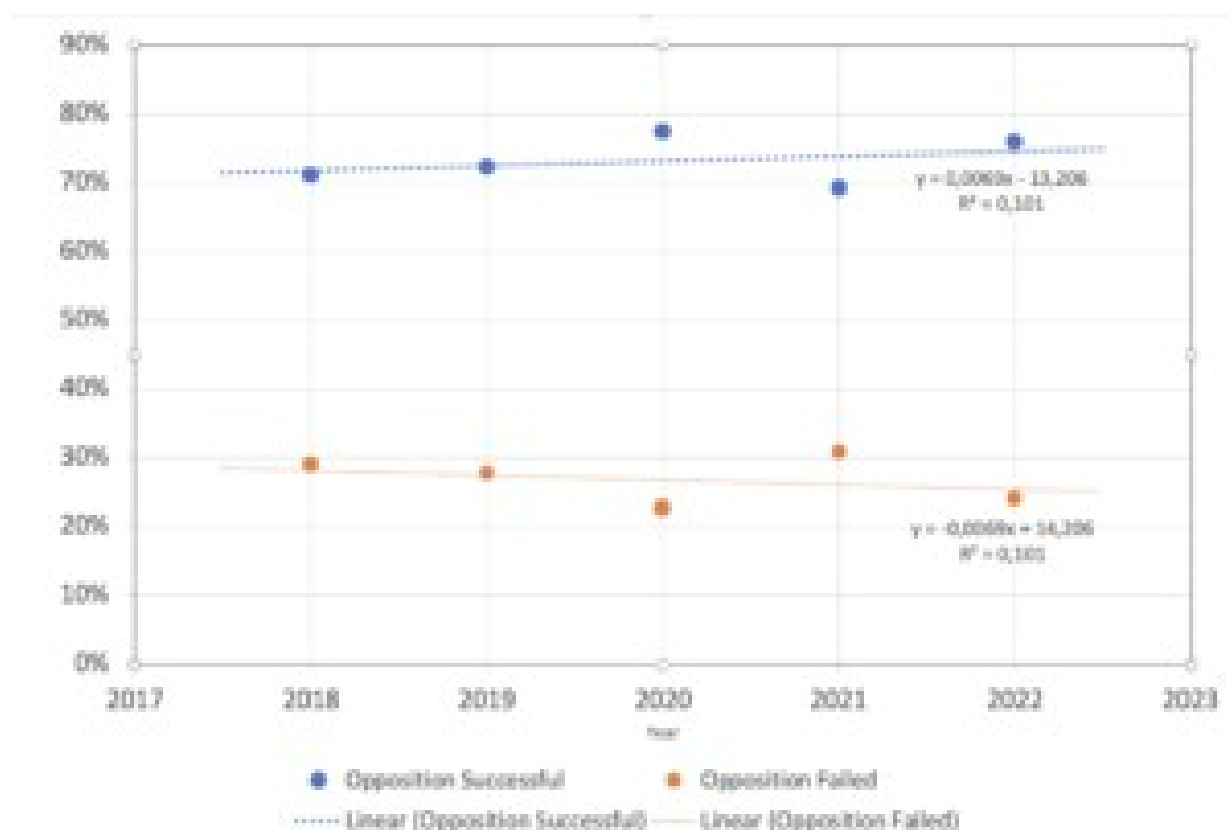
soulevées par les parties prenantes de l'industrie et les examinateurs de brevets eux-mêmes. Les résultats suggèrent fortement que l'OEB doit reconnaître et relever ces défis. Nous proposons une collaboration

approche dans laquelle la direction de l'OEB, les examinateurs de brevets et les parties prenantes de l'industrie s'engagent dans un dialogue ouvert et constructif pour recalibrer le processus d'examen, en veillant à ce que la qualité de l'examen des brevets ne soit pas compromise.

Je partage ces conclusions et voudrais ajouter quelques observations personnelles. Tout d'abord, si la qualité des brevets est notoirement difficile à mesurer, cela ne signifie pas qu'il faille renoncer à ce projet. Il est au moins possible de comparer les chronologies, c'est-à-dire les réponses aux mêmes questions et les résultats des mêmes tests au cours des cinq ou dix dernières années.

Malheureusement, les chiffres récents du tableau de bord de qualité de l'OEB ne permettent pas une comparaison aussi directe, car il n'est pas du tout clair que la méthodologie utilisée dans les audits actuels est la même que pour les années 2017-2021, pour lesquelles nous disposons de chiffres officiels de l'OEB. Ces chiffres publiés montrent une diminution de la qualité auditée des subventions d'environ 85 % à environ 75 %.

Les données statistiques relatives aux procédures d'opposition (en première instance uniquement !) figurant dans le rapport IPQuants couvrent la période 2018-2022 et peuvent être résumées dans le graphique suivant (données extraites de la page 13 du rapport IPQuants et représentées par des lignes de régression).

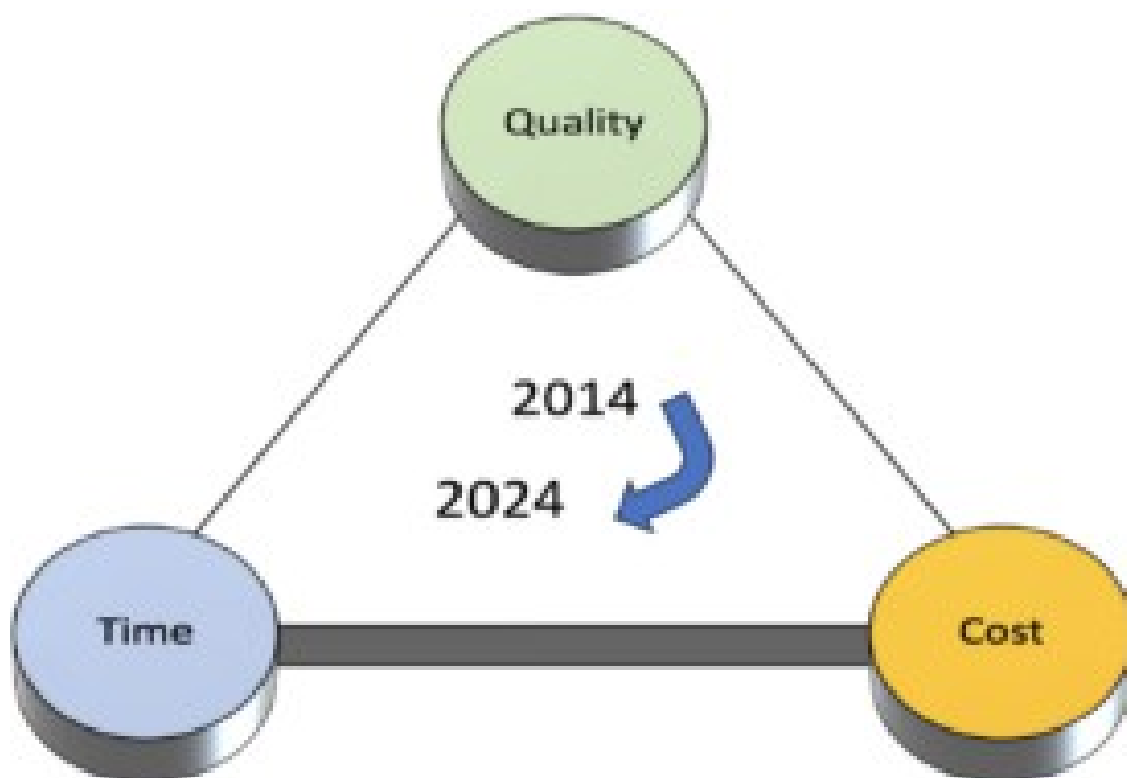


La tendance semble suggérer que les oppositions sont de plus en plus couronnées de succès (environ 0,75 % par an), le "succès" étant défini comme la somme de la révocation totale et du maintien du brevet sous une forme limitée. Cette tendance m'inquiète (et devrait inquiéter les titulaires de brevets en général !), surtout si l'on se souvient que j'ai commencé ma carrière dans un monde où le résultat statistique en première instance était d'environ 1/3 (1/3 de maintien intégral ;

1/3 de maintien partiel ; 1/3 de révocation). Aujourd'hui, seuls 25 % environ des brevets opposés survivent même à la première instance (et, comme l'a montré Daniel Thomas, voir ci-dessus), seuls 10 à 15 % environ survivent à deux instances.

De même, le taux d'annulation des décisions des divisions d'opposition par la BA était d'environ 50 % vers l'an 2000. Aujourd'hui, il est d'environ 65 %, voir ci-dessus.

Tous ces chiffres indiquent une tendance à la baisse de la qualité des brevets délivrés par l'OEB au cours de la dernière décennie et il n'y a pas de fin à cette tendance en vue. Pour être juste, il est aussi théoriquement possible que les opposants se soient améliorés dans la recherche de l'art pertinent et l'exploitation des règles de procédure des chambres de recours, ou que les chambres aient tacitement "élevé la barre" de la brevetabilité, ou que "tout ce qui peut être inventé a été inventé", mais je trouve qu'il est difficile d'apporter la moindre preuve pour l'une ou l'autre de ces hypothèses, et je note que cette dernière citation a été - probablement à tort - attribuée à Charles Holland Duell, qui a été commissaire de l'USPTO de 1898 à 1901. Par conséquent, je trouve plausible qu'au moins une partie de ces changements soit attribuable à une fonction de filtrage moins efficace des divisions d'examen et d'opposition, ce qui est également conforme à mes propres observations. Dans le même temps, le délai moyen de délivrance d'une demande directe de brevet européen a été ramené de 57,8 mois à 52,5 mois - voir page 9 du rapport IPQuants. Pour schématiser, la situation s'est développée comme suit :



Les critiques constructives de l'industrie (IPQC) sont donc fondées et s'appuient sur des faits et des données vérifiables. Elles méritent d'être prises au sérieux. Imaginez l'amélioration de la qualité et la réduction du délai de délivrance qui auraient été possibles avec le même ratio examinateurs/demandes que par le passé !

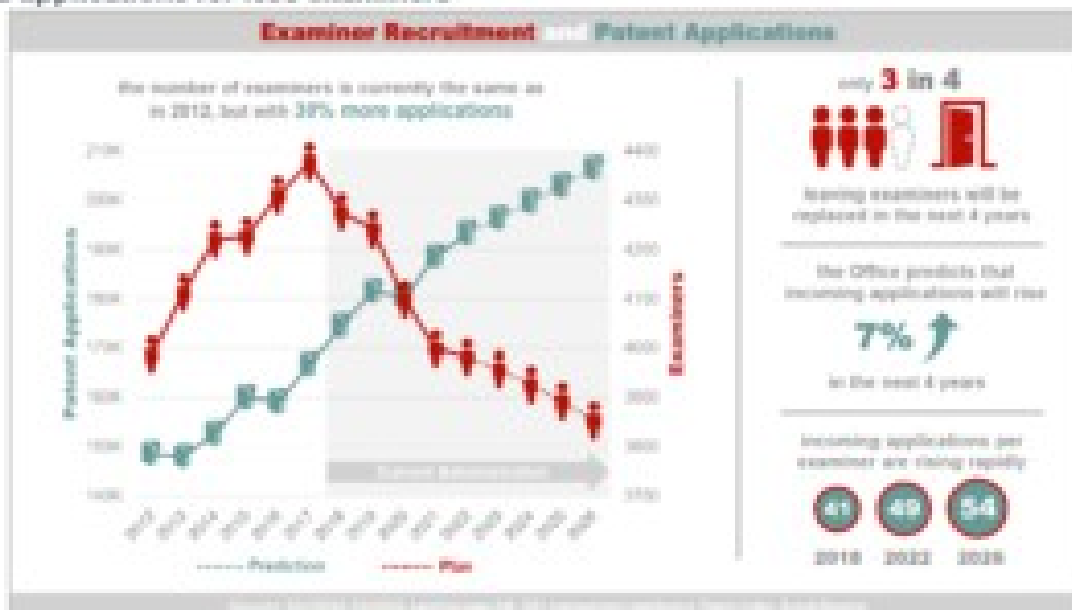
4. Que fait l'OEB et que devrait-il faire ?

Comme il ressort clairement de ce qui précède, la direction de l'OEB semble fermement décidée à faire pression sur tous les acteurs de l'industrie.

Les entreprises doivent pouvoir tirer le maximum d'efficacité de leurs machines. Hélas, la machine qui est censée fournir de plus en plus de produits dans des délais plus courts n'est pas un moteur mécanique ou électrique magique, mais se compose d'êtres humains ordinaires, les "examineurs de brevets". Il va de soi qu'il existe une certaine limite naturelle au nombre de "produits" qu'un examinateur moyen est en mesure de livrer avec une qualité acceptable par jour de travail.

Malheureusement, la direction de l'OEB ne semble pas accepter cette simple vérité ou, du moins, semble croire que rien de grave ne se produira si elle fait tourner la roue encore plus vite à l'avenir. La diapositive suivante, que j'ai reçue d'une source de l'OEB, illustre cette tendance de manière alarmante :

▪ **More applications for less examiners**

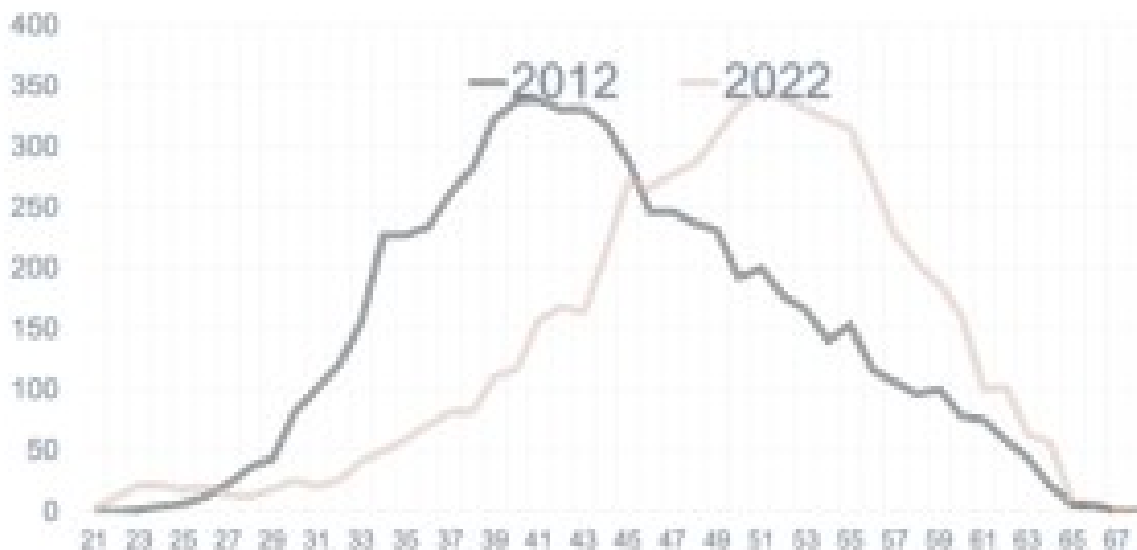


Non seulement la direction de l'OEB ne recrute pas davantage d'examineurs pour faire face à l'augmentation du nombre de demandes, mais elle prévoit en fait de ne pas remplacer tous les examinateurs qui quitteront l'OEB au cours des deux prochaines années.

En outre, le problème se posera de savoir qui formera les nouveaux examinateurs. La pyramide des âges de l'OEB a évolué comme suit :

February 2023: Depletion of the workforce

• 10-year development of age pyramid



Ce qui se passera dans quelques années est tout à fait prévisible, à moins que la direction de l'OEB ne fasse enfin volte-face dans sa politique de recrutement. Il existe encore une courte fenêtre d'opportunité où le recrutement de nouveaux examinateurs pourrait être raisonnablement pris en charge par la main-d'œuvre expérimentée existante. Mais si cette fenêtre n'est pas utilisée, l'OEB souffrira d'une nouvelle perte significative d'expérience et de qualité à moyen terme.

5. La fin heureuse

Heureusement, le Conseil d'administration (CA) de l'OEB est parfaitement au courant de ces développements et de ces tendances par l'intermédiaire de son organe subsidiaire, le Comité de soutien technique et opérationnel (CSTO), qui examine les questions de qualité en détail et les présente ensuite au Conseil. Ce comité est composé d'experts externes et de membres de l'OEB dans une proportion de 1:1 et est chargé de conseiller le CA en toute indépendance par rapport à la direction de l'OEB.

Le CC est également parfaitement conscient que son rôle en tant qu'organe de surveillance de l'Office est de superviser la bonne exécution de la mission de l'OEB qui consiste à délivrer des brevets de haute qualité et à fournir des services efficaces qui favorisent l'innovation, la compétitivité et la croissance économique. Il est conscient qu'il s'agit là de la mission principale de l'OEB, et non d'être "super-productif" en termes de produits par examinateur, ou "super-rentable" au profit de l'Organisation européenne des brevets et de ses États contractants.

Le CA sait également que la direction de l'OEB est seule responsable devant lui et prend cette responsabilité très au sérieux. Par exemple, pour garantir l'indépendance entre l'organe de contrôle et l'organe qu'il supervise, il a institué une stricte séparation des pouvoirs et a maintenant introduit des règles de conflit interdisant à ses membres d'occuper des postes de direction à l'OEB après avoir quitté le CC.

Par ailleurs, sur instruction du CA, la direction de l'OEB a entre-temps également reconnu que le fonctionnement de son groupe de travail sur la qualité du Comité consultatif permanent (SACEPO) devait être substantiellement modifié afin d'offrir aux membres externes un véritable forum pour

exprimer et discuter de leurs préoccupations avec les responsables de l'OEB. En conséquence, l'ordre du jour des réunions de ce groupe de travail a été modifié.

Le groupe de travail est désormais discuté et convenu à l'avance avec ses membres externes afin de s'assurer qu'au moins 30 % du temps est consacré à l'écoute des opinions des utilisateurs et 30 % à une discussion approfondie sur ce qui pourrait être fait pour améliorer encore la qualité des produits de l'OEB.

Compte tenu de ce qui précède, le CC s'est récemment félicité d'avoir été approché par un groupe de demandeurs (l'IPQC) qui lui a fait part de ses préoccupations concernant la qualité des brevets. Comme on pouvait s'y attendre, ils ont pris ces préoccupations, ainsi que toutes les autres, au sérieux et ont rapidement décidé de les examiner de manière approfondie, compte tenu de l'importance de la qualité des brevets pour la mission de l'OEB. Les préoccupations relatives à la qualité des brevets et les propositions constructives visant à l'améliorer sont généralement considérées comme une opportunité plutôt que comme une nuisance. Par conséquent, ces groupes d'utilisateurs sont généralement autorisés - dans le cadre des contraintes de temps d'une réunion du CA - à présenter leurs points de vue directement au CA.

Et l'EPO, l'AC et ses utilisateurs ont vécu heureux jusqu'à la fin des temps.

Vous ne croyez pas vraiment à cette fin ? Eh bien... considérez la pièce à conviction A : [Lettre d'AC à IPQC](#).