

Les programmes d'ordinateurs et les brevets

COMMISSION EUROPEENNE consultation établie par les services de la direction générale du marché intérieur

Avant d'apporter des réponses aux questions précises posées par la Commission nous présenterons un exposé général qui en situera le contexte.

I) EXPOSE GENERAL

A) Le principe du brevet

Il est bien établi que le **brevet favorise le progrès scientifique et technique** en assurant la **divulcation des inventions**, en permettant un **retour sur investissement** pour ceux qui investissent dans la recherche et en assurant une **définition précise** de l'objet de nombreux contrats.

C'est un système complet et cohérent, rodé et reconnu par tous les Etats développés.

Il ne faut pas en isoler un seul de ses aspects : le droit de brevet, monopole limité dans le temps et limité techniquement par les revendications est conditionné par la divulgation complète de l'invention et, par sa nouveauté et son activité inventive.

Certes les racines de la réglementation actuelle sont anciennes, mais il en est de même de beaucoup d'autres. Cela ne suffit pas pour en déduire qu'elle doit être rejetée. Elle a évolué et peut encore le faire pour s'adapter, comme doivent le faire toutes les lois, à l'évolution de la technique et de la Société, tout en, et pour, conserver son rôle fondamental.

B) Il n'y a pas d'obstacle juridique à la brevetabilité des programmes.

De nombreuses études et en particulier des rapports des groupes nationaux (dont le groupe français) de l'A.I.P.P.I. (Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle) ont fait ressortir qu'il n'y a pas d'obstacle juridique à l'application du système du brevet aux programmes d'ordinateurs. C'est ainsi que, après consultation de l'ensemble de ses groupes nationaux, l'A.I.P.P.I. a pris position en faveur de la suppression de l'exclusion des programmes d'ordinateurs du domaine de la brevetabilité. Retenons en particulier que :

- **Droit de brevet et droit d'auteur** s'appliquant à des aspects différents d'un même objet peuvent coexister.
- La **divulgation** des programmes est possible.
- Les **recherches d'antériorités** sont techniquement réalisables.
- L'appréciation de l'**activité inventive** est possible

C) L'opportunité économique de la protection des programmes par les brevets.

C'est la question déterminante. C'est plus précisément l'existence d'inconvénients rédhibitoires liés à cette protection qui seule pourrait **justifier l'exception** actuelle. Qu'en est-il ?

Pourquoi l'exception actuelle a-t-elle été instituée ?

Les recherches historiques sur cette question conduisent à deux hypothèses.

a) A la fin des années soixante, les programmes d'ordinateurs étaient des **objets relativement peu répandus et mal connus** de la plupart des acteurs de la vie économique et du Droit. La protection des programmes était donc techniquement difficilement envisageable.

b) Les industriels concernés considéraient que les programmes étaient des **accessoires des machines** par rapport auxquelles ils avaient un poids économique très faible. Les protéger n'aurait pas eu de conséquence économique directe mais aurait pu permettre aux détenteurs des droits sur les logiciels de contrôler les applications des machines qui constituaient alors des valeurs économiques déterminantes.

Aucune de ces deux hypothèses ne peut être signifiante aujourd'hui. Les motivations initiales de l'exclusion n'existent plus.

Il ne faut pas exclure tout droit de propriété sur les programmes d'ordinateurs.

Il est vrai qu'un courant de pensée considère que la protection par brevet des programmes n'est pas souhaitable ou serait même néfaste en particulier au développement des P.M.I.

Pourtant ces programmes ont **une valeur économique**, ils sont l'objet d'échanges, participent à la production de richesses et ils ont également un coût d'ailleurs de plus en plus élevé. Dès lors, selon les critères économiques et sociaux appliqués dans les Etats occidentaux, qui sont source de progrès et nous ont permis d'atteindre notre stade de développement actuel, ces programmes doivent pouvoir être un objet de propriété.

Renoncer à ce principe reviendrait, au mieux, à rapprocher la Recherche et le Développement sur les logiciels de la Recherche Fondamentale qui ayant vocation à produire des **connaissances pures est essentiellement concentrée dans les organismes publics**. Cela inciterait aussi les créateurs à organiser et à **cultiver le secret**.

Les acteurs de la « nouvelle économie » dans laquelle les programmes jouent un rôle central l'ont bien compris. Il n'est pas de « Business plan » dans lequel les brevets ne soient recherchés, listés et leur impact évalué. Il en est de même lors des acquisitions ou fusions d'entreprises, l'examen des titres de propriété Industrielle fait alors partie des actifs dûment considérés à toutes les étapes importantes. Dans ces différentes situations le Savoir Faire qui accompagne naturellement les brevets ne peut s'y substituer, il est souvent difficile à isoler, son contour et ses limites sont toujours floues.

Nous considérons donc que les programmes d'ordinateurs doivent être des objets de propriété.

Le droit d'auteur n'est pas bien adapté à la protection des programmes d'ordinateurs

Le droit d'auteur a dû être considérablement adapté pour être appliqué aux programmes.

Effectivement il y a bien peu de poésie dans la plupart d'entre eux et leur assimilation à une œuvre d'art ne pourrait que prêter à sourire si l'on ne comprenait les juristes qui, convaincus de la nécessité de définir un droit de propriété (voir 2) ont imaginé cette possibilité.

Ces péripéties ne seraient qu'anecdotiques si cette « solution » était satisfaisante. Il n'en est rien :

c) Fondamentalement, le droit d'auteur s'applique à **la forme de l'objet** protégé. Or, dans de nombreuses situations il est possible de tirer profit de la copie d'un programme en le modifiant superficiellement, en s'affranchissant de sa forme.

d) Le contenu précis du **droit d'auteur n'est défini qu'a posteriori**, lors d'un litige. Il est donc difficile à un tiers, même en possession d'un programme de savoir si et en quoi il pourrait être protégé.

e) Le droit d'auteur existe à compter de la date de la création, **indépendamment de toute publication**. C'est une nouvelle source d'insécurité pour les tiers et, surtout cette absence de publication permet le maintien du secret sur le contenu même de la création ; Ce droit ne concourt pas à la diffusion du savoir. On doit souligner ici que c'est en s'appuyant sur ce type de droit et sur le secret que Microsoft a établi la politique qui lui est, actuellement, reprochée par les autorités américaines.

f) La durée du droit d'auteur (70 ans à compter du décès de l'auteur) est mal adapté à la protection des programmes.

Le droit d'auteur n'est donc pas bien adapté à la protection des programmes

La situation actuelle n'est pas satisfaisante

g) Il est actuellement stipulé par les termes des lois ou conventions internationales : « Les programmes d'ordinateurs ne sont pas des inventions (brevetables)... » pour autant qu'ils sont considérés «...**en tant que tel**... » cette **complexité** est inexplicable à quelqu'un qui n'est pas juriste, (et probablement à pas mal de juristes aussi), c'est une source de confusion et cela entretient l'image d'un Droit hors des réalités auquel on peut faire dire et faire faire n'importe quoi. Cela n'a rien de satisfaisant et cette disposition avec ses « interprétations » est encore une source d'incertitude.

h) la **différence entre les règles européennes et américaines** est une autre source de confusion. Les entreprises européennes travaillant à la conception des programmes sont peu sensibilisées à la protection de leurs programmes puisqu'elle n'est pas possible sur leur territoire d'origine. Leur marché naturel s'étendant maintenant aux Etats Unis , elles y découvrent trop souvent tardivement et toujours avec surprises et douleurs l'existence de brevets tiers. Rares sont les entreprises européennes qui comme Business Object se développent sur la base d'un brevet...américain !

POUR TOUTES CES RAISONS LE SYSTEME DES BREVETS
DOIT ETRE APPLIQUE AUX PROGRAMMES
D'ORDINATEURS.

D) Les conditions de l'application du système des brevets aux programmes d'ordinateurs

L'application rigoureuse des conditions de brevetabilité

L'application rigoureuse des conditions usuelles de brevetabilité permet d'éviter les principaux écueils mis en avant par les détracteurs du système des brevets.

a) L'activité inventive

On sait que pour être brevetable une invention ne doit pas être évidente pour l'homme du métier. De nombreux programmes ou logiciels résultent d'un travail d'analyse et d'écriture systématique et ne satisfont donc pas cette condition. Seuls des programmes impliquant une activité inventive doivent être protégés, les Offices de brevet et les Tribunaux doivent appliquer cette condition avec rigueur pour éviter l'appropriation de programmes résultant soit d'une transposition informatique de procédés connus sous d'autres formes soit d'une écriture de routine.

b) Un brevet ne protège jamais un résultat

C'est un principe bien établi. On ne protège pas, par exemple, un moteur permettant à une voiture de consommer moins de x litres aux cent kilomètres mais, au plus une structure particulière d'un moteur permettant ce résultat ; d'autres structures existent ou pourront être inventées qui procurent le même résultat et peuvent ou pourront être exploitées indépendamment du brevet évoqué. On évite ainsi la constitution de brevets dont la portée serait excessive.

c) la suffisance de description

Pour que le brevet joue son rôle il faut exiger une description complète et accessible à tous de son objet. L'utilisation de données numériques, sur des supports spécifiques ou transmises et accessibles en ligne, devrait être autorisée pour satisfaire cette condition.

Des règles spécifiques

Un nombre limité de règles spécifiques pourraient prendre en compte les particularités des programmes

d) pour permettre l'**interopérabilité**

e) pour assurer un accès suffisant aux « normes ». Indépendamment même de l'interopérabilité, le domaine des programmes a une tendance « naturelle » à générer de véritables **normes** quasi universelles. Quelques soient les droits sur lesquels ils s'appuient les créateurs de ces normes disposent d'un pouvoir considérable, que l'on peut trouver excessif. Il serait probablement intéressant de pouvoir **contrôler cette normalisation** pour maintenir la libre concurrence. Les seules licences librement négociées paraissent insuffisantes pour remplir ce rôle, par contre le principe des **licences obligatoires** développé dans le cadre de la réglementation des brevets, associé à la publication qui y est inhérente paraît pouvoir assurer convenablement cette fonction. Les **rapports entre Brevet et Normalisation** ont déjà été théoriquement explorés et appliqués par exemple dans les télécommunications (Norme G.S.M...). Il y a là aussi des ébauches de solutions.

f) pour définir si nécessaire une durée spécifique du droit

g) pour assurer une publication rapide. Dans un domaine technique qui évolue très rapidement, l'intérêt d'une publication rapide des demandes de brevets, par exemple 12 mois après leur dépôt au lieu des 18 mois actuels devrait être examiné.

Faire évoluer l'ensemble du système de brevets.

Une grande partie des difficultés rencontrées tiennent à la **complexité croissante de la Technique**. C'est clairement apparent pour les programmes, c'est également vrai dans d'autres secteurs techniques. Il en résulte que la rédaction et l'examen des textes techniques est de plus en plus difficile. L'époque où un individu pouvait prétendre avoir des connaissances encyclopédiques et être capable d'écrire ou de pratiquer un examen dans presque tous les domaines techniques est révolu depuis longtemps. Toutefois, **faut-il pour cela renoncer à mettre des mots sur chaque technique**, à en exprimer le contenu en langage courant le rendant accessible au plus grand nombre ? Nous ne le croyons pas. Renoncer reviendrait à isoler chaque discipline. Par rapport au Brevet, ce serait à plus ou moins long terme rendre difficile, voir **refuser, l'intervention du Droit dans la Technique**. Il faut rejeter cette tendance contraire aux principes fondamentaux de notre Société, sur la base desquels se construit l'Union Européenne. Par contre nous l'avons déjà exprimé, le maintien de ces principes fondamentaux implique une évolution :

On reproche au système des brevets d'être trop lourd et surtout trop lent. La valeur des brevets reste trop longtemps incertaine. Ce constat n'est pas nouveau mais il faut encore essayer d'y remédier et peut-être d'explorer des voies originales pour cela. Ne serait-il pas possible d'alléger le rôle des Offices de Brevets qui une nouvelle fois apparaissent saturés ? Ne serait-il pas possible d'organiser des procédures contradictoires rapides pour décider de la brevetabilité des inventions ? Celles-ci ne concerneraient que les inventions controversées et jugées économiquement significatives au moins par les deux parties. De telles procédures ne pourraient-elles pas être envisagées si souhaité par l'opposant, avant même la fin de l'examen administratif, en parallèle de celui-ci ?

E) CONCLUSION

L'exception concernant les programmes dans le système des brevets doit être supprimée.

Le principe du droit de Brevet est inhérent à notre civilisation occidentale même si seuls les Etats Unis l'ont inscrit dans leur Constitution. Son application peut-être très générale.

Il faut, toujours et encore, en moderniser, probablement en la simplifiant, la gestion aussi bien par les Lois et les Conventions que par la pratique.

II) QUESTIONS DE LA COMMISSION : BREVETABILITE DES INVENTIONS MISES EN OEUVRE PAR ORDINATEUR

1) Champ d'application de l'harmonisation

- **L'harmonisation doit-elle reposer sur les éléments contenus dans le présent document ?**

Les éléments de l'annexe contiennent les bases d'une harmonisation. La référence forte à l'activité inventive est essentielle. Cependant il ne faudrait pas légiférer en se référant trop étroitement à la jurisprudence actuelle. **L'essentiel est de supprimer une exception** (la brevetabilité des programmes) qui paraît aujourd'hui bien artificielle. Pour le reste, il faut aussi admettre que la jurisprudence, peut-être parce qu'elle était contrainte par une exception peu réaliste, n'est pas d'une clarté absolue. De plus, alors que la jurisprudence est souple, est destinée à évoluer et traite le passé, **une Directive est faite pour durer et pour régir l'avenir**. Il faut souligner que les jurisprudence que nous examinons maintenant concernent des inventions qui pour la plupart ont déjà plus de dix ans !!! Il ne paraît donc pas utile de chercher à extraire des principes

plus précis de la jurisprudence pour les recommander ou les codifier. Cela serait une source nouvelle de complexité. **Il est préférable de faire confiance aux tribunaux aptes à appliquer la Loi après la simple suppression de l'exception.** Il semble que jusqu'à présent les différents tribunaux nationaux ont donné des appréciations globalement proches les unes des autres, plutôt que divergentes. La clarification et la simplification des lois facilitera naturellement les rapprochements encore nécessaires.

• **Faut-il adopter une démarche plus restrictive ? ou, inversement**

A. Les règles à définir doivent avant tout être claires et leur contours simples. A défaut de pouvoir définir une règle générale nous citerons un certain nombre d'exemples d'inventions:

a) Un **procédé (programme) de traitement de la Transformée de Fourier** est brevetable. La transformée de Fourier est une opération mathématique qui intervient dans de très nombreuses mesures physiques. Améliorer son traitement permet d'accélérer les mesures, de faire des mesures en temps réel alors qu'elles n'étaient réalisables qu'avec des traitements différés...

b) Un **procédé (programme) de cryptage de données**, utiles pour les transmissions confidentielles, paiements sur réseau... est brevetable.

c) Un **procédé (programme) de compression de données** tels que ceux à la base des normes JPEG ou MPEG est brevetable..

d) Un **procédé (programmes) d'inversion de données** permettant de générer les images des scanners est brevetable.

e) Il a toujours été admis qu'un dispositif mécanique ou optique pour produire des effets visuels purement « esthétiques » est brevetable.

Il doit en être de même d'une **machine équipée d'un logiciel produisant (à ne pas confondre avec reproduisant) des images** même à des fins également purement esthétiques ou de la musique. Il faudra ici établir une différence entre les œuvres figées telles que les plus répandues sur CD... et les programmes ou logiciels qui produisent des œuvres variables et renouvelées.

f) Il peut encore être intéressant de citer que dans une affaire Lotus/Paradox, (qui n'a pas été examinée en détail par le rédacteur) les tribunaux américains paraissent avoir refusé le bénéfice de la loi sur le Copyright au créateur des « **menus déroulants** » car ceux-ci ne produisaient pas que des effets esthétiques (mais aussi des effets techniques ?)

B. Une question économiquement importante est de déterminer **à qui pourrait être opposé un brevet portant sur un programme** (supposons ici son caractère technique incontestable). Il paraît souhaitable que ce logiciel puisse être opposé à l'éditeur et aux distributeurs de ce programme. On répond à cela que le principe de la fourniture de moyens essentiels le permet avec les règles actuelles. Il y a la encore un manque de lisibilité préjudiciable à la Loi et à ceux qui y sont soumis. **Il serait beaucoup plus clair d'admettre que c'est bien le programme qui est protégé** et d'autoriser les revendications correspondantes.

3) • Des conditions plus libérales proches de celles appliquées aux États-Unis d'Amérique devraient-elles prévaloir dans l'avenir ?

Toute différence de fond avec les États Unis, alors que c'est sur leur territoire que se trouve le marché économiquement dominant, **est préjudiciable aux entreprises européennes.** Si d'aucuns venaient à

considérer que les règles américaines présentent des défauts fondamentaux, il leur faudrait trouver l'enceinte adaptée (O.M.C. ?) pour en débattre et les faire évoluer vers des règles acceptables en commun.

2) Impact de l'harmonisation

Quel serait l'impact de l'option retenue sur :

- **L'innovation dans le secteur du logiciel et les fondements de la connaissance et des techniques y afférents ;**

Qualitativement des éléments ont été fournis plus haut : en facilitant l'identification des innovations, le brevet permet la rentabilisation des investissements. Ces investissements étant nécessaires le brevet permet qu'ils soient faisables par tous les acteurs de la vie économique. Quantitativement il semble que les Etats Unis puissent être considérés comme une bonne référence.

- **La capacité des PME à accéder au marché des outils et services de logiciel innovants et au marché des applications innovantes du logiciel ;**

Quelque soit leur domaine d'activité on constate que les PME innovantes trouvent dans les brevets un bon moyen pour faire valoir leurs résultats auprès d'acteurs plus importants peu enclins à les reconnaître. C'est pour cela que le ratio de leur chiffre d'affaires à leur dépenses de Propriété Industrielles est souvent plus important que pour les grandes entreprises qui disposent d'autres atouts pour s'affirmer. Il n'y a aucune raison que la situation dans le domaine des programmes soit différente.

- **La création et la diffusion de logiciels libres/ouverts ;**

Cette terminologie recouvre des situations très variées. Le brevet laisse les innovateurs libres de disposer de leurs innovations comme il l'entendent. Ils ne sont pas obligés de les breveter et les dispositions du « Droit de Possession Antérieur » évitent que des « créateurs », en fait, second en date, ne leur opposent leurs droits. Si ils protègent leurs inventions, ils sont libres de définir leurs utilisations par des tiers.

- **La position de l'industrie européenne du logiciel dans la compétition mondiale ; et l'évolution générale de la société de l'information.**

Le rapprochement de nos règles avec les règles américaines ne peut que faciliter la tâche des entrepreneurs européens.

3) Conclusion


Les programmes d'ordinateurs sont et resteront un objet de commerce. Il importe que les règles définissant leur propriété soient claires et simples. Le Brevet peut remplir ce rôle. Il faut pour cela supprimer l'exception de non-brevetabilité des programmes.

Alain MICHELET
Conseil en Propriété Industrielle

e-mail : michelet@harle.fr

Cabinet HARLÉ et PHÉLIP
Conseils en Propriété Industrielle

7 Rue de Madrid
75008 PARIS - FRANCE –

 **33.(0)1.53.04.64.64**
Fax 33.(0)1.53.04.64.00
e-mail : cabinet@harle.fr

Reproduction et citations autorisées avec mention de la source
