

Brevetabilité du logiciel : avantages et inconvénients

Sylvain Eche, Marc Lecharpentier, Constantin Yamkoudougou

Introduction

L'industrie du logiciel a connu un développement considérable depuis la création des premiers ordinateurs il y a une cinquantaine d'années. Le piratage et la contrefaçon dans ce domaine se sont également accrus grâce à l'interconnexion sans cesse croissante des supports physiques sur lesquels ces logiciels fonctionnent. Les techniques de reproductions illicites sont plus que jamais performantes de la simple copie sur bande magnétique aux graveurs munis de logiciels spécifiques. Dès lors comment protéger juridiquement le logiciel ?

Définitions

Avant de définir ce qu'est un brevet appliqué au logiciel, il est important de savoir ce que signifient les termes «logiciel» et «programme d'ordinateur» car aucun de ces deux termes n'est clairement défini au niveau juridique. Bien que leur signification soit très proche, il existe une relation d'inclusion entre ces deux notions. En effet un programme d'ordinateur est une suite d'instructions exprimées dans un langage formel qui, transposées sur un équipement informatique, réalisent un enchaînement d'opérations élémentaires en vue d'obtenir un résultat souvent complexe. Tandis que le logiciel doit être compris comme un ensemble de programmes d'ordinateurs réalisant une ou plusieurs fonctionnalités directement exploitables par l'utilisateur final.

A la différence du droit d'auteur, le brevet n'est pas un droit de propriété naturel accordé aux inventeurs. C'est un privilège d'exploitation accordé par la société et portant sur une invention technologique normalement profitable à la société. Il vise à stimuler l'innovation et le partage de la connaissance, sa durée¹ est limitée dans le temps et son champ d'application dépend de sa couverture géographique (par exemple : Etats-Unis, Europe, Japon...). Les critères de brevetabilité sont l'inventivité, la nouveauté et l'application industrielle².

Contexte

A l'heure de la mondialisation des marchés et de l'économie, les grands acteurs cherchent à uniformiser les règles qui régissent les échanges mondiaux et en particulier celles s'appliquant au domaine de la propriété industrielle. Cette volonté d'uniformisation tend à s'appliquer sur des zones de réglementations de plus en plus larges et à encadrer par des accords internationaux³ les

¹ La durée du brevet est valable pendant au moins 20 ans (Article L611-2 du Code de la Propriété Intellectuelle)

² Ces trois critères sont donnés respectivement dans les articles L611-14, L611-11 alinéa 1 et L611-15 du Code de la Propriété Intellectuelle

³ Accords ADPIC au niveau mondial (Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle liés au Commerce)

mécanismes d'attribution des brevets. Cette uniformisation tente dans le même temps d'inclure au domaine de la propriété industrielle tous les secteurs technologiques, en particulier celui de l'immatériel dont le logiciel.

La notion de brevet logiciel est d'abord apparue aux Etats-Unis à partir de 1981 par une jurisprudence de plus en plus favorable à l'extension du domaine de la brevetabilité défini par la loi américaine. Cette évolution s'est poursuivie au Japon puis à l'Office Européen des Brevets (OEB).

Situation actuelle

Actuellement en Europe, la brevetabilité du logiciel n'est autorisée que si le logiciel contribue à la réalisation d'un processus physique. Le texte fondateur de l'OEB – article 52 du traité de Munich (1973) – stipule que le programme d'ordinateur «en tant que tel» ne fait pas partie du domaine des inventions brevetables. De ce fait les brevets portant sur les logiciels sont illégaux. Cependant, des brevets accordés aux logiciels ont été déposés à l'OEB sous la pression des Etats-Unis et des grands groupes industriels. L'OEB a souhaité élargir le champ d'application du brevet au logiciel en proposant leur suppression du domaine des inventions non brevetables. Cette proposition faite en novembre 2000 a été unanimement rejetée par les Etats membres. En février 2002, la Direction Générale du Marché Intérieur (DGMI) a publié un projet de directive dans lequel la brevetabilité du logiciel était légalisée [1]. Depuis, des négociations sont en cours entre les Etats membres de l'Europe dans le but d'accepter cette proposition de directive. Suivant les définitions, on estime aujourd'hui entre 30 000 et 40 000 le nombre de brevets enregistrés à l'OEB dont plus de 80% ont été déposés par des entreprises non européennes.

En ce qui concerne l'application des règles sur les brevets, la législation américaine ne pose pas de condition particulière pour les logiciels informatiques. Depuis l'arrêt *Diamond v. Diehr* [2] de 1981, la brevetabilité des logiciels est admise. De plus, un algorithme permettant une fonctionnalité technique est brevetable selon le test de *Freeman-Walter-Abele*⁴.

En France, le droit repose sur la protection par le droit d'auteur⁵. Et le logiciel fait partie de la catégorie des œuvres non brevetables en vertu de l'article L611.10 CPI qui applique l'article 52 du traité de Munich.. La France est le premier pays à avoir considéré les logiciels comme exclus de la protection par le brevet depuis 1968. L'office chargé de l'enregistrement des brevets est l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI).

Problématique

La définition du logiciel est révélatrice d'une approche duale. D'une part, il s'agit de considérer la suite d'instructions comme une œuvre de l'esprit qui peut être régie par le Code de la Propriété Intellectuelle suivant le concept de droit d'auteur. D'autre part, les opérations élémentaires qui en résultent sont assimilables à un procédé industriel, c'est à dire une succession d'étapes menant à la réalisation d'une opération quelconque par une machine. Ce procédé pourrait, à juste titre, être protégé comme n'importe quel autre procédé industriel par le brevet. Se pose alors la question de la brevetabilité du logiciel.

⁴ In re *Freeman*, 573 F.2d 1237, 197 U.S.P.Q. (BNA) 464 (C.C.P.A. 1978); In re *Walter*, 618 F.2d 758, 205 U.S.P.Q. (BNA) 397 (C.C.P.A. 1980); In re *Abele*, 684 F.2d 902, 214 U.S.P.Q. 682 (BNA) (C.C.P.A. 1982).

⁵ Article L112-2 du Code de la Propriété Intellectuelle

Les partisans de la brevetabilité évoquent la protection des idées innovantes, l'impact sur l'émergence et le développement de nouvelles technologies. Les pourfendeurs de la brevetabilité en revanche, pensent que le droit exclusif d'exploitation qui découlerait d'une brevetabilité du logiciel est un frein à la créativité et que la protection par le droit d'auteur offre une garantie suffisante des droits moraux et patrimoniaux. D'autres enfin sont entre les deux approches.

Objectifs

Dans la suite de ce document il sera question dans un premier volet d'exposer les avantages de la brevetabilité du logiciel, source de protection des créateurs. La seconde partie sera consacrée aux aspects perfectibles de la brevetabilité à travers ses effets néfastes. Nous étudierons plus généralement dans chacune des deux parties évoquées ci-dessus, les aspects juridiques, techniques et économiques. La troisième partie sera consacrée à une ébauche d'alternatives entre les idées antagonistes de brevetabilité et de non brevetabilité du logiciel.

Ce document n'est pas une liste exhaustive des avantages et des inconvénients de la brevetabilité du logiciel. Il présente simplement les principaux arguments afin que le lecteur puisse se forger une opinion sur le débat très actuel de la brevetabilité du logiciel.

I. Avantages du brevet appliqué au logiciel

Historiquement, le brevet est apparu dans le but de favoriser la transmission du savoir-faire entre les inventeurs et la société afin que ces connaissances ne disparaissent pas. Le brevet est donc un instrument permettant de diffuser les connaissances techniques au bénéfice de la société. Le principe est simple : l'inventeur qui accepte de révéler l'ensemble des moyens techniques nécessaires à la mise en œuvre de son invention reçoit en échange un privilège d'exploitation sur son invention pour une durée limitée. Il s'agit d'un contrat entre l'inventeur et la société où les deux parties sont gagnantes.

Aujourd'hui, le développement du logiciel est devenu une réalité industrielle et doit bénéficier d'une protection sur les innovations au même titre que les autres procédés industriels.

I.1. Aspect technique

Lorsqu'une entreprise consacre un important effort de recherche et de développement pour un logiciel inventif et nouveau, aussi bien en temps et en coûts financiers qu'en ressources humaines, l'entreprise ne souhaite pas que le bénéfice de ses travaux profite à d'autres entreprises concurrentes qui pourraient exploiter le code source de son logiciel pour en faire un logiciel de contrefaçon. Elle serait fortement défavorisée par rapport aux autres car elle n'aurait pas de retour sur son investissement en recherche et développement. Pour se protéger d'un tel scénario, elle peut ne pas révéler les moyens techniques pour mettre en œuvre son invention (ici le code source). Dans ce cas elle est la seule entreprise capable d'exploiter ses travaux. L'entreprise est alors protégée par le secret industriel. Celui-ci peut être largement utilisé dans les domaines industriels sensibles comme la Défense. Cependant, si par exemple l'entreprise subit un échec financier, elle est condamnée à disparaître et son secret également. Ceci n'est absolument pas profitable pour la société car des connaissances techniques à haute valeur ajoutée pourraient disparaître sans laisser la moindre trace. C'est pour cette raison que le brevet s'avère être un instrument important pour la sauvegarde du patrimoine industriel.

L'inventeur ne court plus le risque de voir son invention copiée par un ou plusieurs concurrents puisqu'il bénéficie d'un privilège d'exploitation sur sa création. La société ne court plus le risque de voir disparaître des connaissances techniques qui auraient été gardées secrètes puisque l'inventeur doit divulguer de manière précise et complète les moyens de mettre en œuvre son invention pour bénéficier du privilège d'exploitation. Les offices de brevets qui enregistrent les dépôts de brevets jouent également un rôle important puisqu'ils contribuent à la diffusion des connaissances techniques au travers d'une base de connaissances techniques publiées. Dans ces conditions, il n'y a d'ailleurs plus d'obstacle théorique à divulguer le code source d'un logiciel breveté.

D'autre part, le fait d'accorder un privilège d'exploitation aux entreprises les plus innovantes en recherche et développement favorise l'innovation technologique. En effet, le privilège d'exploitation de l'invention se traduit par deux situations. Soit, une situation de monopole exclusif réservé à l'entreprise détentrice du brevet, auquel cas les entreprises concurrentes ne peuvent tirer de bénéfices directs de l'exploitation du brevet. Soit, une situation où l'entreprise innovante accorde des licences d'exploitation attribuées aux entreprises concurrentes, et dans ce cas, le coût de la licence d'exploitation est fixé arbitrairement par l'entreprise en possession du brevet. Le manque à gagner pour les entreprises non innovantes est de ce fait considérable, ce qui les incite à innover.

I.2. Aspect économique

Puisque le brevet facilite le privilège d'exploitation pour l'entreprise par le biais de monopole d'exploitation ou d'accord de licences, le dépositaire du brevet est garanti d'un retour sur l'investissement en recherche et développement et d'une rémunération à la hauteur des efforts consentis.

Il est important de relever que le brevet sur le logiciel ne favorise pas seulement les grandes entreprises mais également les petites et moyennes entreprises pour lesquelles la constitution d'un capital immatériel est essentielle. Non seulement le brevet constitue un atout important pour une PME car il lui permet de valoriser son actif sur des biens immatériels mais cela lui facilite également la recherche de capitaux grâce aux concours d'investisseurs potentiels. La valeur du capital immatériel intervient aussi lors de négociations sur des contrats commerciaux ou bien sur des contrats de partage des charges de recherche et de développement avec d'autres entreprises européennes ou internationales. La brevetabilité du logiciel ouvre des perspectives d'expansions et/ou de partenariats internationaux pour les grandes entreprises mais aussi pour les PME. Il n'y a qu'à regarder le marché florissant des Etats-Unis qui est le marché de référence en matière de logiciel pour comprendre l'intérêt du brevet pour les jeunes entreprises de l'innovation technologique.

I.3. Aspect juridique

Sur le plan juridique le brevet appliqué au logiciel souligne la manière dont le droit d'auteur et le brevet sur le logiciel sont complémentaires. De ce fait, le brevet met en avant une défense efficace de l'invention technologique.

Le droit d'auteur protège à l'expression de l'innovation : appliqué au logiciel, il préserve n'importe quelle instruction du code source rédigée par le programmeur contre la copie illicite. Cependant, il est admis que le droit d'auteur offre une protection insuffisante à la contrefaçon. En effet, il est très facile pour un informaticien compétent d'exprimer d'une manière tout à fait

différente la suite d'instructions du code source protégé par le droit d'auteur, pour reproduire le même résultat avec des fonctionnalités identiques. Dans ce cas, le droit d'auteur n'est pas opposable à la contrefaçon « intelligente ». C'est dans ce sens que le brevet est complémentaire du droit d'auteur car il protège les fonctionnalités du logiciel et donc de la contrefaçon « intelligente ».

Du fait que la loi américaine admet la brevetabilité du logiciel alors que la convention européenne est ambiguë à ce sujet⁶ – l'OEB accorde des brevets sur le logiciel alors que la loi exclut le logiciel du domaine de la brevetabilité – l'inventeur d'un procédé technique breveté peut défendre son invention s'il constate un excès, cependant il aura un champ d'action plus réduit en Europe qu'aux Etats-Unis. En effet, une conséquence importante de la différence de protection entre les Etats-Unis et l'Europe réside dans l'étendue des droits conférés et dans les moyens de les faire respecter : aux Etats-Unis, le titulaire d'un brevet portant sur un programme d'ordinateur peut attaquer directement le distributeur du programme contrefait qui figure sur un support physique, alors qu'en Europe, en raison de la limitation actuelle de la protection de l'invention technique qui utilise un programme d'ordinateur, le distributeur du support n'est que complice mais pas auteur de la contrefaçon. Seul celui qui utilise le programme figurant sur le support est l'auteur de l'infraction et peut être poursuivi. Le brevet apporte donc une défense efficace en faveur de la protection du logiciel.

Le brevet vise deux objectifs : il cherche d'une part à favoriser l'innovation et la création et d'autre part à assurer la diffusion de la connaissance. Mais le brevet sur le logiciel se révèle imparfait.

II. Inconvénients de la brevetabilité du logiciel

Actuellement, l'Europe examine la possibilité de supprimer l'exception du logiciel du domaine des innovations non brevetables⁷. Toutefois, il est important d'analyser les conséquences de la brevetabilité du logiciel *en tant que tel* sur le plan pratique. L'exemple des Etats-Unis, où le brevet sur le logiciel est admis, est intéressant car les effets recherchés ont évolué de manière inattendue. Au bout de quelques temps, le partage de la connaissance a eu tendance à diminuer de la même manière que la diffusion de l'innovation.

II.1. Aspect technique

L'introduction du brevet sur le logiciel a eu tendance à réduire de manière significative la diffusion des connaissances en renforçant le secret du code source. Pour rappel, le code source d'un logiciel est la suite d'instructions logiques d'un programme écrit de manière compréhensible pour un informaticien et par opposition, le code binaire est obtenu après l'opération de compilation du code source et correspond à une suite d'instructions compréhensibles par un équipement informatique. L'opération qui consiste à passer du code binaire au code source est la

⁶ Précisément, l'article 52 de la Convention de Munich indique seulement que les *programmes d'ordinateur en tant que tels* ne sont pas des inventions

⁷ Projet de directive présenté le 20 février 2002 [1]

dé-compilation et est en général interdite par la loi sauf pour des cas très particuliers⁸. Le brevet sur le logiciel incite les entreprises à ne diffuser que le code binaire pour diffuser leur logiciel et de conserver secret le code source. En effet, si une entreprise choisit de publier le code source de son logiciel pour des raisons stratégiques comme par exemple imposer un standard ou assurer à l'utilisateur une maintenance aisée, une entreprise concurrente, après analyse du code source, est capable de déterminer si les fonctionnalités du logiciel constituent une contrefaçon. Par contre, si la première entreprise conserve secret son code source et distribue seulement le code binaire, l'entreprise concurrente n'est pas en mesure de détecter une contrefaçon puisque la dé-compilation du code binaire est interdite. Ceci a pour effet de freiner la diffusion de connaissances puisqu'une entreprise qui publie son code source a plus de risques d'être attaquée pour contrefaçon qu'une entreprise qui ne publie pas son code source.

L'innovation dans le logiciel repose souvent sur des innovations d'ordre mathématique : technique de calcul, nouvel algorithme... Ces idées mathématiques sont de natures scientifiques et ont, la plupart du temps, déjà fait l'objet de publications dans des revus scientifiques. Ces idées sont donc publiques, par conséquent, il est difficile pour un logiciel d'apporter la preuve de la nouveauté. En outre, le fait que de nombreuses sources d'informations scientifiques et techniques existent et rendent publics les procédés de mises en œuvres informatiques, ceux-ci sont connus de tous et tendent à réduire la valeur des brevets déposés. De nombreuses sources estiment que la base de connaissances américaine contiendrait 90% de brevets sans réelle valeur soit par défaut d'innovation soit en raison de leur trivialité. L'intérêt apporté par la base de connaissances dans laquelle sont enregistrés tous les brevets devient très limité.

II.2. Aspect juridique

En raison de la trivialité de certains brevets déposés, bon nombre d'éditeurs de logiciels peuvent se retrouver en grande insécurité juridique. En effet, l'entreprise qui souhaite profiter des avantages du brevet pour protéger son invention et amortir les frais de recherche et de développement peut se retrouver involontairement contrefacteur. Par exemple, dans le cas d'une entreprise qui décide de déposer un brevet pour son invention logicielle, celle-ci pour commercialiser son invention aura besoin de mettre en œuvre d'autres procédés considérés comme élémentaires. L'entreprise espère disposer d'une protection efficace pour empêcher d'une part, les concurrents de copier son invention et d'autre part, pour couvrir les frais de recherche et développement du logiciel et les frais de dépôt du brevet. Seulement, la protection n'est pas effective au moment du dépôt de la demande de brevet et l'entreprise devra attendre plusieurs mois, voire quelques années.

De plus, parmi les procédés élémentaires, certains font l'objet d'un brevet. En cas de contentieux, l'entreprise devra généralement négocier des accords de licences croisées, c'est à dire autoriser le concurrent à utiliser son brevet. Dans ce cas, l'entreprise ne bénéficie pas du privilège d'exploitation et le dépôt du brevet lui coûte de l'argent. Il peut aussi arriver que le détenteur du brevet sur le procédé élémentaire soit un fond de brevet, c'est à dire un organisme qui agit comme portefeuilles de brevets mais qui n'édite pas de logiciel. L'entreprise peut entamer des poursuites judiciaires sur le fond de brevet afin d'annuler le brevet ou bien, payer une licence d'exploitation sur le brevet. Dans les deux cas, cela lui coûtera probablement

⁸ D'après l'article L122-6-1 CPI, la dé-compilation n'est autorisée que si elle est "indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels, ...".

beaucoup d'argent. Plus rarement, le détenteur du brevet peut interdire l'exploitation de son brevet pour se réserver un monopole d'exploitation. En somme, les petits éditeurs innovants ne gagnent pratiquement rien en retour sur leur brevet et les grandes entreprises possédant un département juridique important réussissent à se défendre. Le brevet se révèle alors être une protection inefficace et une source de contentieux.

II.3. Aspect économique

Connaissant la forte probabilité d'un auteur de logiciel à devenir involontairement un contrefacteur de brevet logiciel, seuls les grands éditeurs de logiciels peuvent tenter la contrefaçon sans risque économique. En effet, les grands éditeurs possèdent des accords de licences croisées avec d'autres éditeurs ce qui leur permet d'échanger facilement leurs brevets. De plus, les grands éditeurs disposent de moyens financiers et juridiques plus importants que ceux des fonds de brevets. Par conséquent, l'annulation d'une grande partie des brevets des fonds de brevets devient possible si ces derniers attaquent trop souvent les grands éditeurs. Enfin, ceux-ci possèdent beaucoup plus de brevets que les petits éditeurs, ils n'ont donc quasiment aucune chance de tirer avantage à attaquer les grands éditeurs. De fait, l'introduction du brevet dans l'économie du logiciel ne change rien pour le grand éditeur par contre elle empêche le petit éditeur d'exploiter librement son logiciel. Ce qui laisse à penser que l'innovation dans le domaine des logiciels se trouve réduite quand on sait que les petits éditeurs participent largement à l'innovation.

D'autre part, le brevet est un instrument représentant un obstacle très sérieux à la concurrence sur toute nouvelle fonctionnalité, ce qui induit des situations de monopole. Pour s'assurer le privilège du marché dans un domaine technique particulier, une entreprise pourra tout simplement refuser de concéder des licences d'exploitation sur son brevet. Elle conserve ainsi une position de leader sur tout un segment du marché. Le brevet remet également en cause le principe d'interopérabilité. Pour renforcer sa position dominante, l'entreprise peut décider de bloquer les petits éditeurs de logiciels en n'acceptant aucun accord de licences d'exploitation sur son brevet. Heureusement, en matière de compatibilité logicielle, l'Europe à titre d'exemple, dans la directive de 1991⁹, dispose d'un principe de droit à l'interopérabilité pour favoriser le droit à la concurrence. Toutefois, ce principe est remis en cause par certaines entreprises américaines.

Il est également possible de penser que le brevet sera un moyen d'interdire la diffusion de logiciels libres. Le logiciel libre est un logiciel protégé par le droit d'auteur comme toute œuvre de l'esprit et dont la licence et les conditions techniques de distributions spécifient explicitement l'autorisation d'utiliser, de modifier et de distribuer avec ou sans modification le code source du logiciel. Ce modèle de développement a donné lieu à l'émergence de nombreux standards ouverts et a nettement contribué à favoriser la concurrence dans les secteurs de l'information et de la communication. Enfin le logiciel libre a été moteur de nombreuses innovations¹⁰. Sachant que les auteurs de ces logiciels libres sont généralement des bénévoles, ils ne disposent pas de moyens financiers pour effectuer des recherches d'antériorité sur chaque partie du code source. Le risque est grand pour eux de se retrouver dans l'illégalité en étant des contrefacteurs involontaires.

⁹ L'Article 6 paragraphe 1b de la Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur stipule que *l'autorisation du titulaire des droits n'est pas requise [...] pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un programme d'ordinateur.*

¹⁰ Système Unix-BSD, GNU-Linux, base de données MySQL, serveur Web Apache...

L'absence de compatibilité entre logiciels, le fait d'empêcher certains modes de diffusion de logiciel et l'environnement juridique ont pour effet d'affaiblir les petits éditeurs et renforcer la position de monopole des grands éditeurs.

Le brevet sur le logiciel engendre des effets néfastes souvent contraires aux effets désirés : partager les connaissances et accroître l'innovation. Dès lors, quelle solution adopter pour palier aux inconvénients du brevet ?

III. Alternatives

Pour faire face aux aspects perfectibles de la brevetabilité du logiciel, quelques approches ont été proposées.

III.1. Exception du logiciel

Nombre d'opposants à la brevetabilité du logiciel ont souhaité la réaffirmation de l'exclusion du logiciel du domaine des innovations brevetables. Même si cette exclusion est souhaitable en raison d'un grand nombre de difficultés apportées par le système de brevet sur le logiciel, elle n'est pas envisageable. En effet, le choix de l'exception du logiciel imposerait des modifications juridiques qui pourraient se révéler en total désaccord avec les règles internationales ADPIC¹¹. En outre, le fait d'exclure totalement le logiciel du domaine de la brevetabilité reviendrait à exclure tout procédé technique dont un élément est un programme d'ordinateur ou un logiciel. Cette situation ne serait être raisonnable. Ainsi, cette solution n'est pas envisageable à la fois pour des raisons juridiques, politiques et pratiques.

III.2. Droit *sui generis*

Le Conseil Général des Mines et le Conseil Général des Technologies de l'Information ont proposé la création d'un droit¹² *sui generis* sur la base du rapport de J.P. Smet-Solannes [9]. Les conditions de ce nouveau droit sont : la réduction à trois ans de la durée du privilège d'exploitation. En effet, le cycle d'innovation dans le milieu du logiciel ne suit pas la même échelle que le domaine de l'industrie pharmaceutique par exemple. Il est beaucoup plus rapide et par conséquent la durée de validité du brevet doit être courte. Toujours pour des raisons de règles internationales ADPIC, il n'est pas possible pour un brevet d'avoir une durée de validité inférieure à vingt ans, il faut donc un mini-brevet qui porterait le nom de droit *sui generis*. La deuxième condition est la réduction du temps d'examen de la demande de brevet. En effet, actuellement les procédures pour bénéficier de la protection par le brevet sont de plusieurs années. Dans le cas du logiciel, cette protection ne peut être réellement efficace vue la rapidité du cycle d'innovation. Il est donc nécessaire de réduire la durée des examens en augmentant par exemple la productivité des offices de brevets. Enfin la troisième condition est le renforcement du contenu de l'examen. Il a été constaté aux Etats-Unis que plus de 90% des brevets étaient inutiles. Le droit *sui generis* propose donc de durcir les procédures d'évaluation des critères de nouveauté et d'inventivité.

¹¹ Accords ADPIC au niveau mondial (Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle liés au Commerce)

¹² Conseil Général des Mines, Conseil Général des Technologies de l'Information, *Avis sur la brevetabilité des inventions logicielles*, 2000

Cependant, l'idée de réduire le temps d'examen par l'office de brevets et dans le même temps de durcir les procédures d'examens ne sont pas réellement compatibles et laissent à croire que le coût du dépôt de brevet serait augmenté. Cette proposition dont l'initiative est française ne fait pas l'unanimité au sein de l'Union européenne car elle paraît abstraite et difficile à mettre en place.

III.3. Autres propositions

Les solutions précédentes étant pour le moment difficilement envisageables, d'autres propositions ont émané naturellement. Ces propositions, au nombre de deux, partent du principe que le logiciel fait partie du domaine de la brevetabilité des inventions innovantes.

La première tend à définir de manière plus rigoureuse les critères traditionnels de délivrance des brevets appliqués aux logiciels pour défendre leur qualité. Il s'agit de critères permettant de déterminer le caractère inventif, nouveau et susceptible d'application industrielle. Or, les offices de brevets n'ont pas la compétence nécessaire pour examiner les demandes de brevets dans les meilleures conditions. Le renforcement de ces critères d'examen devrait donc faire appel au développement de la formation des examinateurs et au recrutement de personnels qualifiés disposant de compétences dans le domaine juridique et informatique. Ces dispositions permettraient de vérifier le critère d'inventivité d'une invention brevetable qui ne doit pas être évident ou trivial pour un homme du métier.

La mobilité, avec l'industrie et la recherche, du personnel des offices devrait également être encouragée afin de vérifier le critère d'application industrielle de l'invention brevetable ainsi que son caractère de nouveauté. Ces dispositions visant à renforcer l'application des procédures d'examen de dépôts des brevets ne seraient pas possibles sans une augmentation de coût pour l'office de brevets. Dans ce cas, il pourrait être judicieux d'effectuer une réorganisation du financement des dépôts de brevets. En effet, l'INPI office de brevets français est autonome financièrement, et actuellement, il est plus rentable pour l'INPI d'accepter l'enregistrement d'un brevet plutôt que de le refuser. Les procédures d'examen, déjà très coûteuses pour l'office de brevets, ne sont amorties que lorsque le brevet est accordé. L'INPI est alors soumis à de fortes pressions de la part des grands industriels par des demandes abusives de brevets. Le renforcement de ces procédures d'examen permettrait d'empêcher que des brevets portant sur des innovations triviales soient déposés et polluent la base de connaissances techniques.

La seconde proposition concerne la réduction des sources de contentieux et l'amélioration de leur résolution. Même si certains brevets n'ont aucune valeur innovante, ils existent et peuvent être source de contentieux, particulièrement pour les petites entreprises. Il serait opportun d'entamer une démarche de réflexion sur la constitution d'un fond de garantie chargé de détecter et d'attaquer les brevets abusifs afin de protéger les petites entreprises qui n'ont pas les ressources suffisantes pour se défendre.

Conclusion

Aujourd'hui la protection industrielle sur le logiciel repose sur le droit d'auteur et sur le brevet aux Etats-Unis et au Japon, et de manière non officielle en Europe. Le brevet est un contrat entre la société et l'inventeur où les deux parties sont en théorie gagnantes. D'après le modèle classique du brevet, celui-ci assure à l'inventeur un mécanisme de rémunération en lui conférant

le privilège d'exploitation de son invention. Il permet un partage des connaissances techniques et une émulation de l'innovation au profit de la société. De plus, il protège les auteurs de logiciel de la copie intelligente tout en favorisant la concurrence. Cependant, l'utilisation du brevet aux Etats-Unis par exemple révèle des effets contraires aux bénéfices attendus. La valeur réelle de la base de connaissances des brevets est mise en doute. La diffusion de la connaissance n'est pas encouragée à cause de la peur de se retrouver en position de contrefacteur involontaire, suite à la diffusion du code source du logiciel. L'aspect concurrentiel est annihilé à cause de la disparition des petits éditeurs et de l'émergence de monopole. Ce qui n'a pas pour but de favoriser l'innovation. Par conséquent, nous pensons que la brevetabilité du logiciel apporte plus d'inconvénients à la société que de bénéfices. Mais, il est illusoire de penser que l'exclusion du logiciel du domaine des inventions brevetables assurera une économie saine et une protection juridique suffisante. D'autre part, le projet de création d'un droit *sui generis* semble avoir avorté pour le moment car il n'est pas de nature à clarifier les titres de propriété industrielle. Nous retenons donc les propositions qui consistent à renforcer l'application des critères de brevetabilité et la constitution d'un fond de garantie pour prévenir les contentieux.

En définitive, le débat sur la brevetabilité du logiciel ne tient-il pas du seul fait que pour certains, le logiciel est une œuvre de l'esprit donc protégé par le droit d'auteur alors que pour d'autres, il s'agit d'un procédé industriel donc brevetable ?

Références

Documents

- [1] Direction Générale du Marché Intérieur, *Brevets : La Commission propose de réglementer les inventions mettant en œuvre un logiciel*, 20 février 2002 (disponible sur http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/indprop/comp/02-277.htm)
- [2] Diamond, Commissioner of patents and trademarks v. Diehr et AL No. 79-1112 Supreme court of the United States 450 U.S. 175; 101 S. Ct. 1048; 1981 U.S. LEXIS 73; 67 L. Ed. 2d 155; 49 U.S.L.W. 4194; 209 U.S.P.Q. (BNA) 1, March 3, 1981, (<http://www.law.uconn.edu/homes/swilf/ip/cases/diamdiehr.html>)
- [3] Académie des technologies, *Avis à l'attention de Monsieur le Premier Ministre*, 10 juillet 2001 (disponible sur <http://www.industrie.gouv.fr/observat/innov/carrefour/avisacademie.pdf>)
- [4] Académie des technologies, *Brevetabilité des inventions mise en œuvre par ordinateur*, 18 septembre 2001 (disponible sur <http://www.industrie.gouv.fr/observat/innov/carrefour/rapportdefinitif.pdf>)
- [5] Rapport du groupe de travail interministériel « Quelles protections pour les logiciels », 13 juillet 2001 (disponible sur <http://www.industrie.gouv.fr/observat/innov/carrefour/rapgrtravail.pdf>)
- [6] Réponse de l'AIPPI France (Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle) au document de la Commission européenne sur la brevetabilité des inventions logicielles mises en œuvre par ordinateurs (disponible sur <http://www.industrie.gouv.fr/observat/innov/carrefour/aippi.htm>)
- [7] Youenn Dupuis, Olivier Tardieu, *La Brevetabilité des Logiciels*, 3 septembre 2001 (disponible sur http://www.ecole.org/2/RT241001_memo.pdf)
- [8] Commissariat Général du Plan, *Économie du logiciel : renforcer la dynamique française*, 17 octobre 2002 (disponible sur <http://www.plan.gouv.fr/organisation/seeat/Economiedulogiciel/Documents/rapport.pdf>)
- [9] Jean-Paul Smets-Solanes, *Stimuler la concurrence et l'innovation dans la société de l'information*, 30 août 2000 (disponible sur <http://www.pro-innovation.org>)
- [10] Bernard Lang, *Enjeux de la brevetabilité du logiciel*, 28 novembre 2002 (disponible sur <http://pauillac.inria.fr/~lang/ecrits/liste/grenoble.html>)
- [11] François Pellegrini, *ABUL – Note de synthèse sur les brevets logiciels*, 28 mars 2002 (disponible sur http://www.abul.org/brevets/article/s/suba_note.php3)
- [12] Jean-Paul Triaille, *Brevets et logiciels : la Commission européenne propose une directive d'harmonisation*, 25 Février 2002 (disponible sur http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=529)

Sites Web

- [13] Direction Générale du Marché Intérieur :
http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/indprop/comp/index.htm
- [14] Ministère de l'industrie : <http://www.industrie.gouv.fr/>
- [15] AFUL (Association Francophone des Utilisateurs de Linux) : <http://www.aful.org/index.html>
- [16] Code français annoté de la propriété intellectuelle : <http://www.celog.fr/cpi/>
- [17] Brevets & Logiciels : <http://www.brevets-logiciels.com/>