

Extrait du FFII.FR

<http://www.ffii.fr/Conseil-de-l-UE-2004-Proposition-sur-les-brevets-logiciels>

# Conseil de l'UE 2004 : Proposition sur les brevets logiciels

- Brevets logiciels - Analyses sur la législation -

Date de mise en ligne : lundi 6 septembre 2004

---

FFII.FR

---

**La présidence irlandaise du Conseil de l'UE a distribué aux représentants des gouvernements un papier contenant des suggestions alternatives aux amendements à la directive « sur la brevetabilité des inventions mises en oeuvre par ordinateur » votés par le Parlement européen (PE). Contrastant avec la version du PE, la version du Conseil autorise une brevetabilité illimitée et l'applicabilité des brevets. Selon la version actuelle, les algorithmes « mis en oeuvre par ordinateur » et les méthodes pour l'exercice d'activités économiques seraient des inventions au sens du droit des brevets et la publication d'une description fonctionnelle d'une idée brevetée constituerait une infraction au brevet. Les protocoles et les formats de données pourraient être brevetés et ne seraient alors plus librement utilisables même dans un objectif d'interopérabilité. Ces conséquences peuvent ne pas sauter aux yeux d'un lecteur non concerné. Nous tentons ici de déchiffrer le langage opaque de la proposition et d'explicitier ses conséquences.**

## Conflit à la place de compromis

Le « document de travail » de la présidence irlandaise reflète l'état des négociations atteint au niveau du « Groupe de travail du Conseil sur la Propriété intellectuelle|les Brevets », abrégé ci-dessous en « Groupe de travail sur les brevets » ou « Groupe », lors de sa dernière réunion à Bruxelles le 27/11/2003. Excepté quelques détails de rédaction, ce document est identique à celui du Groupe de novembre 2002. De toutes les propositions connues jusqu'ici, les documents de travail du Groupe expriment l'approbation la plus large d'une brevetabilité illimitée. Toutefois, la radicalité est souvent cachée dans les expressions et enveloppée dans une rhétorique creuse à propos des limitations, de telle sorte que les lecteurs inexpérimentés et inattentifs passent facilement dessus.

Quelques propos du [rapport de juin 2003 de la commission parlementaire JURI aux affaires légales](#) ont été repris, ne faisant que confirmer la ligne générale d'une brevetabilité illimitée. Le rapport de la commission JURI était lui-même basé sur le [document de novembre 2002 du Groupe de travail du Conseil](#) et ignoraient en grande partie les recommandations des deux autres commissions parlementaires impliquées, [CULT](#) et [ITRE](#). Le Parlement, au contraire, a décidé en séance plénière de suivre les commissions CULT et ITRE en limitant la brevetabilité et de réprimander la commission JURI (et par conséquent le Groupe de travail du Conseil) autant que nécessaire. Avec le vote en plénière du 24/09/2003, les parlementaires européens ont remplacé les fausses limites par des vraies. Les formulations de la commission JURI ont été retenues partout où elles n'empêchaient aucune limitation véritable. Maintenant, le Groupe de travail du Conseil se range aux côtés de son allié, la commission JURI, et ignore les amendements en plénière du Parlement européen et ceux des commissions CULT et ITRE. Plus encore, certaines des positions les plus critiques envers les brevets de la part de délégations individuelles du Groupe en novembre 2002, ressemblant aux positions votées par le Parlement en septembre 2003, ont été supprimées dans la nouvelle version du Groupe. Appeler cette version un « document de compromis », comme l'a fait la présidence irlandaise, est par conséquent hautement fallacieux. Le précédent « document de compromis » de 2002 n'était déjà pas parvenu à exprimer les intérêts entre lesquels un compromis avait prétendument été trouvé. Cette fois encore, les parties du compromis et leurs intérêts respectifs ne sont pas exposés mais puisque les modifications sur lesquels l'accent a été mis par rapport à la version précédente proviennent toutes du Parlement européen, il semble à première vue que ce document est destiné à atteindre un compromis entre le Conseil et le Parlement. Toutefois, en y regardant de plus près, il apparaît que le Conseil s'éloigne du Parlement plutôt qu'il ne s'en rapproche.

Dans la suite de notre analyse, nous allons éclaircir ceci en comparant les proposition du Conseil avec celles du parlement à propos de questions centrales faisant débat.

---

# Publication de programmes non autorisée, démolition de tous les ponts

Les revendications sur les programmes sont des revendications de brevets du style

un programme d'ordinateur, avec lequel, chargé dans la mémoire d'un ordinateur, est exécuté le procédé de calcul selon la revendication N.

La formulation « programme d'ordinateur » ci-dessus peut être remplacée par « programme sur un disque », « produit d'un programme d'ordinateur », « structure de données », « support lisible par un ordinateur » ou d'autres variantes. Le tout est que l'objet de la revendication ne soit plus un produit matériel ni un procédé mais un composite de données, d'informations ou d'autres entités abstraites, éventuellement combinées à un support non précisé et non inventif.

Ce type de revendication est apparu en Europe en 1998 lors de deux décisions de la chambre de recours technique de l'Office européen des brevets. Aux USA également, il n'a été introduit par l'Office des brevets que récemment : après les auditions de 1994 (qui ont révélé une opposition écrasante aux brevets logiciels). Les revendications de programme sont controversées car

1. Les revendications de programmes rompent avec la logique traditionnelle du droit des brevets, selon laquelle des objets physiques sont revendiqués en échange d'une révélation d'objets informationnels, i.e. l'information est du côté des révélations pas du côté du monopole dans le contrat induit par les brevets ;
2. Les revendications de programmes couvrent littéralement des programmes d'ordinateur en tant que tels et sont ainsi difficilement justifiables sous aucune interprétation sensée de l'article 52 de la Convention sur le brevet européen (CBE) ;
3. Les revendications de programmes vont littéralement à l'encontre de la liberté de publication telle que la stipule l'article 10 de la Convention européenne sur les droits de l'homme (CEDH) (Les monopoles de brevets ne font pas partie de ces droits qui peuvent, selon l'article 10(2) de la CEDH, justifier une limitation de la liberté de publication) ;
4. Les revendications de programmes visent directement aux développeurs et aux distributeurs de logiciels aussi bien qu'aux intermédiaires (par ex. les fournisseurs d'accès Internet) avec les armes lourdes des contentieux de brevets, en les traitant comme des producteurs et des distributeurs de produits industriels.
5. Les revendications de programmes ne desservent aucun but pratique : il serait plus honnête de poursuivre le marketing des biens informationnels pour infraction annexe et de régler à part les modalités de ce type d'infraction, en prenant en considération les spécificité de l'économie informationnelle.

La proposition de la Commission européenne déconseille les revendications de programmes.

Le Parlement européen (commissions CULT et ITRE et session plénière) suit la Commission sur ce point et, en outre, avec son nouvel article 7 paragraphe 3, stipule que la liberté de publication ne pouvait être limitée par des revendications de brevet :

Les États membres veillent à ce que la production, la manipulation, le traitement, la distribution et la publication de l'information, sous quelque forme que ce soit, ne puisse jamais constituer une contrefaçon de brevet, directe ou indirecte, même lorsqu'un dispositif technique est utilisé dans ce but.

Le Groupe de travail du Conseil refuse les propositions de la Commission (CEC) et du Parlement (PE) et, avec son article 5.2, insiste sur les revendications de programmes :

2. Une revendication pour un programme d'ordinateur, seul ou sur support, n'est autorisée que si ce programme, lorsqu'il est chargé et exécuté dans un ordinateur, un réseau informatique programmé ou un autre appareil programmable, met en oeuvre un produit ou un procédé revendiqué dans la même demande de brevet, conformément au paragraphe 1.

La formulation est trompeuse à différents égards :

1. La clause « n'est autorisée » ne limite rien du tout. N'importe quelle revendication de programme peut être reformulée en tant que revendication de procédé ou de produit dont cette revendication de programme est alors prétendue dépendre. (voir ci-dessus).
2. La locution « que si » est fallacieuse. Elle ne remplit aucun rôle de régulation. Essayez de relire la phrase sans cette locution &mdash; et sans la clause dénuée de sens « n'est que si ... » !
3. Il est à noter que la version allemande s'écarte encore plus des versions anglaise et française. « put into force » et « mettre en oeuvre » (mettre l'oeuvre en pratique) sont très éloignés de « begründen » (justifier). Nous basons notre analyse sur les versions anglaise et française. On devrait partiellement la récrire pour la version allemande, qui, dans un acte manqué Freudien, semble admettre directement que c'est la présence d'un programme qui justifie le fait de breveter.

L'existence de revendications de programmes modifie la logique du droit des brevets et met le logiciel au centre plutôt qu'à la périphérie du système.

Le Groupe de travail du Conseil revendique qu'il ne voit les revendications de programmes « uniquement » comme des revendications dérivées, « d'une nature purement déclaratoire », comme il a été dit dans les justifications des amendements correspondants de la commission JURI. Ceci ne peut être vrai, car

1. De toute revendication de programme, une revendication équivalente de procédé peut être dérivée. Cela ne fonctionne pas en sens inverse.
2. Une revendication de programme est plus large (i.e. moins spécifique) que la revendication de procédé correspondante. La revendication de procédé spécifie non seulement la structure de données mais également une utilisation de cette structure de données (par ex. l'exécution par un ordinateur, voire par un équipement spécialisé).
3. La revendication la plus large dans une spécification de brevet (i.e. les revendications avec le moins de fonctionnalités) décrit habituellement le plus précisément la contribution à l'état de l'art. La « contribution technique » d'un brevet logiciel se trouve dans la revendication de programme, alors que les fonctionnalités supplémentaires de « l'exécution en mémoire sur un ordinateur » est seulement de nature déclaratoire.
4. Il est toujours possible de formuler des revendications indépendantes comme des revendications dépendante (déclaratoires) et vice versa. De tels exercices de formulation ne font qu'embrouiller les relations de dépendance.

Les Directives relatives à l'examen de 1978 du Bureau européen des brevets explique que l'exclusion des « programmes d'ordinateur » de l'article 52(2) CBE comme ceci :

Un programme d'ordinateur peut prendre différentes formes, par exemple un algorithme, un organigramme ou une série d'instructions codées, qui peut être enregistré sur bande ou sur tout un autre appareil d'enregistrement et qui peut être considéré comme un cas particulier soit d'une méthode mathématique, soit d'une présentation d'informations. Si la contribution à l'état de l'art connu réside seulement dans un programme d'ordinateur alors l'objet n'est pas brevetable quelque soit la manière dont les revendications sont présentées. Par exemple, une revendication sur un ordinateur caractérisé par le fait d'avoir le programme particulier stocké dans sa mémoire ou d'un procédé pour agir sur un ordinateur sous le contrôle du programme serait aussi discutable qu'une revendication d'un programme en tant que tel ou du programme lorsqu'il serait enregistré sur une bande magnétique.

Ici aussi l'OEB suppose qu'une « revendication au programme en tant que tel ou au programme enregistré sur bande magnétique » est la forme normale d'une revendication de logiciel. Cependant, il souligne également que le même objet peut être déclaré en tant que « procédé faire fonctionner un .. ordinateur » ou en tant que « ordinateur, caractérisé par .. » et qu'il faut s'attendre à de telles tentatives pour obtenir des brevets logiciels avec des redéclarations.

Alors que les directives initiales de l'OEB présentaient correctement la redéclaration de programmes en procédés comme étant une astuce déclaratoire, ses serviteurs supposent aujourd'hui que non seulement cette astuce est admissible mais que la redéclaration à partir de là des programmes en tant que tels doit également être admissible, puisqu'il ne s'agit que d'une redéclaration.

Avec la brevetabilité des programmes d'ordinateur, il s'en suit, pour parler comme l'OEB en 1978, que la *contribution à l'état de l'art doit seulement résider dans un programme d'ordinateur*, i.e. que la « contribution technique » peut être confinée au calcul avec les entités abstraites d'une machine virtuelle comme le Calculateur Universel de Von Neumann (sur lequel se basent tous les ordinateurs modernes). On est ainsi assuré que les concepts légaux indéterminés avec lesquels le Groupe de travail du Conseil veut limiter la brevetabilité (voir ci-dessous) ne pourront jamais signifier de véritables limites. L'exclusion des méthodes pour l'exercice d'activités économiques doit également échouer sous de telles conditions, car les méthodes pour l'exercice d'activités économiques sont des concrétisations des règles sur le traitement des données.

En traitant les objets informationnels comme des biens matériels, le Groupe de travail du Conseil empêche également toute discussion sur les limitations de la brevetabilité par respect non seulement de la liberté de publication mais également de toute liberté pouvant être trouvée dans la nature informationnelle de l'objet.

La situation est encore pire avec l'insertion de considérants trompeurs, tels que le 7bis :

En conséquence, un programme d'ordinateur en tant que tel, notamment l'expression d'un programme d'ordinateur en code source, en code objet ou sous toute autre forme ne peut constituer une invention brevetable.

Le lecteur naïf (par exemple un ministre) croira que cela exclue les revendications de programmes. Malheureusement, c'est l'inverse. En lien avec l'article 5(2), ce considérant dit qu'une revendication sur un « programme, caractérisé par [ses fonctionnalités] n'est pas une revendication sur un programme en tant que tel. Pour expliquer cette contradiction apparente, il suggère qu'un »programme en tant que tel« doit être compris comme l'aspect »dans lequel s'exprime« le programme (plutôt que son aspect fonctionnel). I.e. une revendication réduite à un »programme, caractérisé par le fait que le texte du listing 1 soit utilisé« sera rejetée en tant que revendication sur une expression singulière, alors que la revendication large sur »un programme, caractérisé par le fait qu'il [fasse ce que celui du listing 1] fait« serait acceptée. Les revendications étroites n'intéressent personne. Une revendication sur un listing particulier serait davantage une forme affaiblie du droit d'auteur dont personne ne veut et contre laquelle personne ne s'oppose. La proposition du Conseil soulève cette question qui n'en est pas une des »brevets sur des expressions", non pour réguler quoique ce soit mais pour embrouiller le législateur à propos de ce qui doit être régulé.

voir aussi [Revendications de programmes : Interdiction de Publication des descriptions de brevets utiles](#)

---

# Aucune revendication de programme : un pas de plus s'éloignant du Parlement

Dans le document de travail de novembre 2002 du Conseil l'article 4 bis est rédigé comme suit :

[F suggère d'ajouter le nouvel article suivant : « Dans la demande de brevet, l'invention doit être revendiquée intégralement et de manière suffisamment claire pour qu'elle puisse être mise en oeuvre par une personne au fait de l'état de la technique. Pour ce faire, la description d'une invention mise en oeuvre par ordinateur doit normalement comporter des exemples des programmes ou parties des programmes concernés, sous forme de codes source établis dans un langage de programmation identifié ou défini. L'environnement d'exécution de ces programmes ou parties de programmes est fourni. »]

L'article 7 du Parlement européen est encore plus explicite sur le fait que le système de brevets devrait promouvoir la publication des textes des programmes comme faisant partie de la revendication au lieu de l'interdire comme faisant partie du monopole :

Les États membres veillent à ce que, lorsqu'une revendication de brevet mentionne des caractéristiques impliquant l'utilisation d'un programme d'ordinateur, une mise en oeuvre de référence, opérationnelle et bien documentée, de ce programme soit publiée en tant que partie de la description, sans conditions de licence restrictives.

Le document de travail du Conseil s'est ainsi éloigné du compromis avec le Parlement.

---

## **Interopérabilité non autorisée avec les standards brevetés**

L'article 6 de la Commission européenne propose une limitation dénuée de sens de l'application en justice des brevets, limitation que le Conseil a réduit plus encore :

Les droits conférés par un brevet délivré pour une invention relevant du champ d'application de la présente directive n'affectent pas les actes autorisés en vertu des articles 5 et 6 de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur par un droit d'auteur, et notamment de ses dispositions relatives à la décompilation et à l'interopérabilité.

Cette disposition autorise la décompilation de programmes brevetés, un acte de recherche dans la sphère privée qui n'est de toute façon pas couvert par les brevets. Des brevets peuvent cependant encore peser sur les programmes résultant d'une telle recherche et l'article 6 implique que de tels brevets peuvent être appliqués en justice contre les programmes, même lorsque ces programmes ne sont employés que dans un but d'interopérabilité. Ainsi, l'article 6 prétend protéger l'interopérabilité mais accomplit en fait l'inverse : il s'assure que personne ne peut employer des standards de communication encombrés d'un brevet sans autorisation du titulaire du brevet.

Le Parlement européen ne s'est pas laissé tromper. Les trois commissions parlementaires et la session plénière ont voté pour un réel privilège d'interopérabilité :

### Article 6bis : Utilisation de techniques brevetées

Les États membres veillent à ce que, lorsque le recours à une technique brevetée est nécessaire à une fin significative, par exemple pour assurer la conversion des conventions utilisées dans deux systèmes ou réseaux informatiques différents, de façon à permettre entre eux la communication et l'échange de données, ce recours ne soit pas considéré comme une contrefaçon de brevet.

Le document de travail du Conseil rejette le vote du Parlement et persiste à assurer la domination des titulaires de brevets sur les standards de communication.

Lorsqu'un format de fichier peut être couvert par des brevets, il devient impossible pour les concurrents de le convertir vers un autre format. Ceci renforce les tendances monopolistiques sur le marché du logiciel. Les Consortiums de standardisation comme le W3C (responsable des standards du world wide web) sont régulièrement ralentis par des tentatives des propriétaires de brevets d'imposer des taxes de brevet à un standard. Les standards brevetés et taxés imposent de lourdes charges sur la gestion du standard lui-même et sur les logiciels s'y conformant. Le logiciel libre ne peut en général s'y plier. Lorsque qu'un éditeur domine seul un standard avec des brevets, les problèmes empirent. Microsoft pousse d'ores et déjà les brevets sur le marché avec des conditions de licence qui excluent le logiciel libre. Même les procédures concurrentielles en cours de la Commission européenne contre Microsoft ont jusqu'ici échoué à changer ceci. Le droit de la concurrence seul, sans dispositions supplémentaires telles que celle de l'article 6a, est hors de portée des acteurs classiques du marché et offre des remèdes insuffisants contre les pratiques anti-concurrentielles avec lesquelles la domination des standards de communication tend à être associée.

Dans sa mise à jour du 17 mars, le document va encore plus loin. Une nouvelle reformulation du considérant 17 indique que le droit à l'interopérabilité ne doit pas être régulé au sein du droit des brevets mais uniquement dans le droit anti-concurrentiel.

Considérant 17 Les dispositions de la présente directive sont sans préjudice de l'application des articles 81 et 82 du traité, en particulier lorsqu'un fournisseur occupant une position dominante refuse d'autoriser l'utilisation d'une technique brevetée nécessaire à la seule fin d'assurer la conversion des conventions utilisées dans deux systèmes ou réseaux informatiques différents de façon à permettre entre eux la communication et l'échange de données.

En agissant ainsi, le Groupe de travail donne l'impression qu'il prend en compte le droit à l'interopérabilité. En y regardant de plus près, il s'avère cependant qu'on aboutit à l'effet exactement inverse : à moins de se lancer dans des procédures juridiques coûteuses, longues et rarement couronnées de succès, les créateurs de logiciels ne doivent pas, d'après le Groupe de travail sur les brevets du Conseil, être autorisés à interopérer.

Par ce durcissement de sa position, le Groupe de travail du Conseil répond à la proposition suivante de la délégation luxembourgeoise :

Les délégations trouveront ci-dessous une proposition de la délégation luxembourgeoise sur une clause d'interopérabilité (nouvel article 6 bis) à insérer dans le texte de la proposition de Directive. Le texte proposé se fonde sur l'amendement 76 du Parlement européen mais est plus restrictif en cela qu'il prend l'exemple de l'amendement originale et l'emploie comme étant la seule exception acceptable pour garantir l'interopérabilité. Cette reformulation plus stricte devrait rendre la disposition complètement en phase avec l'article 30 des ADPIC.

Article 6bis (nouveau)

Les États membres veillent à ce que, lorsque le recours à une technique brevetée est nécessaire à la seule fin d'assurer la conversion des conventions utilisées dans deux systèmes ou réseaux informatiques différents, de façon à permettre entre eux la communication et l'échange de données, ce recours ne soit pas considéré ~~comme une contrefaçon de brevet.~~

Cette proposition correspond à l'article sous la forme dans laquelle il a été approuvé par les commissions parlementaires CULT, ITRE et JURI. Il évite le terme de « une fin significative », qui avait été introduit pour la première fois lors du vote en plénière. Ainsi, la délégation luxembourgeoise répond complètement aux [critiques de la Commission](#) et à l'exigence du test en trois étapes (exceptions limitées) de l'article 30 des ADPIC. En refusant la proposition luxembourgeoise et avec, celle des trois commissions parlementaires, le Groupe de travail sur les brevets démontre que l'article 30 des ADPIC n'est pas sa préoccupation première. On doit plutôt penser que ce qui guide l'intransigeance du Groupe de travail sur les brevets du Conseil, ce sont davantage les intérêts à la recherche de profit associés aux standards de communication, comme cela a été récemment défendu au nom de PDG de [cinq grosses entreprises européennes de télécommunication](#).

voir aussi [Interopérabilité et Brevet : Controverse au Parlement européen](#)

---

## Brevetabilité limitée par des termes dénués de sens, définitions supprimées

Dans le droit des brevets européen, les inventions brevetables sont limitées par deux moyens :

1. Une définition négative : certains types de réalisations sont jugés ne pas être des inventions au sens de l'article 52(2) CBE. Parmi ces réalisations, on trouve celle dans les domaines des mathématiques, de la programmation et des activités économiques.
2. Une définition positive : les cours de tribunaux en Allemagne et ailleurs ont défini une « invention technique » comme une « solution à un problème utilisant les forces contrôlables de la nature » ou des définitions similaires et ont ainsi généralisé la liste des définitions négatives de l'article 52(2) CBE.

La Commission et le Conseil rejettent toute définition de ce qu'est une invention brevetable, tant dans un sens négatif que positif. D'un côté, La Commission l'articule autour de concepts abstraits tels que la « contribution technique », de l'autre elle refuse de définir ces concepts et n'offre que des définitions tautologiques.

Le Parlement a proposé à la fois des définitions positives et négatives.

Négative :

Article 3 Les États membres veillent à ce que le traitement des données ne soit pas considéré comme un domaine technique au sens du droit des brevets et à ce que les innovations en matière de traitement des données ne constituent pas des inventions au sens du droit des brevets.

Article 4(b) Les États membres veillent à ce que les solutions, mises en oeuvre par ordinateur, à des problèmes techniques ne soient pas considérées comme des inventions brevetables au seul motif qu'elles améliorent l'efficacité de l'utilisation des ressources dans le système de traitement des données.

Positive :

Article 2b bis    b bis) 'domaine technique' désigne un domaine industriel d'application nécessitant l'utilisation de forces contrôlables de la nature pour obtenir des résultats prévisibles. 'Technique' signifie 'appartenant à un domaine technique'.

Article 2b ter    b ter) 'industrie', au sens du droit des brevets, signifie 'production automatisée de biens matériels' ;

Positive et négative conjuguées :

Article 2b b) 'contribution technique', également appelée 'invention', désigne une contribution à l'état de la technique dans un domaine technique. Le caractère technique de la contribution est une des quatre conditions de la brevetabilité. En outre, pour mériter un brevet, la contribution technique doit être nouvelle, non évidente et susceptible d'application industrielle. L'utilisation des forces de la nature afin de contrôler des effets physiques au delà de la représentation numérique des informations appartient à un domaine technique. Le traitement, la manipulation et les présentations d'informations n'appartiennent pas à un domaine technique, même si des appareils techniques sont utilisés pour les effectuer.

Le Conseil insiste sur ses non-définitions et, de plus, affirme clairement que le concept d'invention technique, même s'il est défini par un tribunal, ne doit pas servir à limiter la brevetabilité.

(b) « contribution technique » désigne une contribution à l'état de l'art dans un domaine technique, qui n'est pas évidente pour une personne du métier. La contribution technique est évaluée en prenant en considération la différence entre l'état de l'art et l'objet de la revendication de brevet considéré dans son ensemble qui doit comprendre des caractéristiques techniques, qu'elles soient ou non accompagnées de caractéristiques non techniques.

Le Conseil affirme qu'il suffit qu'il y ait quelque chose de technique dans la portée de certaines des revendications. Les revendications sans aucune composante technique, telles que les revendications de programmes, sont possibles. Plus encore, le Conseil déclare que la contribution technique, i.e. la solution nouvelle qui justifie l'obtention d'un brevet, peut résider uniquement dans des caractéristiques non techniques. Il suffit que de nouvelles règles de calcul (algorithmes) soient combinées avec un équipement connu (ordinateur universel) pour résoudre un « problème technique », i.e. pour réduire le nombre de clics de souris nécessaire. Une telle « solution à un problème technique » sera appelée « contribution technique », indépendamment du fait que la solution soit elle-même technique. La « contribution technique » n'a même pas besoin d'être nouvelle ou non évidente. Il suffit qu'un « problème technique » puisse être établi et vaguement associé d'une manière ou d'une autre avec « l'activité inventive ».

voir aussi [Pourquoi Amazon One Click Shopping est brevetable selon la proposition de directive de l'UE](#)

---

## Mélange du caractère technique avec la non évidence

Le Parlement assimile « contribution technique » à « invention ». Il s'agit de l'usage courant des termes trouvé dans les plus anciens manuels de droit des brevets ainsi que dans la plupart des procès de nos jours. En conséquence, une invention est une contribution des connaissances techniques à l'état de l'art, appelé également « enseignement technique » ou « contribution technique ». Les revendications de brevets doivent refléter l'invention et en même temps définir la portée de l'exclusivité justifiée ainsi. De ce fait, certaines des caractéristiques revendiquées pourraient décrire une contribution non technique (par ex. un algorithme innovant), alors que certaines caractéristiques supplémentaires revendiquées peuvent être techniques (par ex. « charger le programme en mémoire et l'exécuter »), mais sans décrire d'innovation. Elles servent plutôt à limiter une portée d'exclusion. Puisque un juriste des brevets est libre de définir n'importe quelle portée d'exclusion pourvu que cette portée contienne la contribution, il est toujours possible et de fait presque inévitable que la portée d'exclusion contienne des caractéristiques techniques. Ainsi en « exigeant » que la portée des revendications « doive inclure des caractéristiques techniques », le Groupe

de travail du Conseil ne pose aucune limite. Plus encore, il implique que la « contribution technique » puisse être composée uniquement de caractéristiques non techniques. Par ex. l'algorithme non technique peut compter comme une contribution technique, si la portée de la revendication dans son ensemble contient des caractéristiques techniques. Ceci conduit de surcroît à la conclusion que, comme il est écrit dans le considérant 12 du Groupe de travail, tous les objets « mis en oeuvre par ordinateur » revendiqués, y compris les algorithmes, les méthodes pour l'exercice d'activités économiques, etc., « font partie d'un domaine technique » :

En conséquence, bien que les inventions mises en oeuvre par ordinateur appartiennent à un domaine technique, lorsqu'une invention n'apporte pas de contribution technique à l'état de l'art, parce que, par exemple, la contribution en question ne revêt pas un caractère technique, elle ne répond pas au critère de l'activité inventive et n'est donc pas brevetable [Réserve d'examen de F sur ce considérant, cette délégation suggérant de remplacer « bien que » par « même si ».].

Ce considérant 12 dit exactement la même chose que la Commission européenne dans son très controversé article 3, dont la suppression est recommandée par le Groupe de travail du Conseil :

Les États membres veillent à ce qu'une invention mise en oeuvre par ordinateur soit considérée comme appartenant à un domaine technique.

La seule différence entre le considérant 12 du Conseil et l'article 3 de la Commission réside dans la forme. Alors que la Commission dit ce qu'elle veut sans prendre de gants, le Conseil dissimule ses intentions derrière la locution « bien que » et les enveloppe dans une rhétorique dénuée de sens à propos des limitations.

La délégation française au Conseil a rejeté les conséquences du considérant 12, comme l'a fait le Parlement européen. Lorsqu'Arlene McCarthy a essayé de rejouer le tour de passe passe à la commission JURI, sa crédibilité en a souffert. Lorsque la commission JURI a soutenu ce tour avec une majorité de 2/3, il était promis à la défaite en séance plénière.

Ceci a pu amené certaines personnes à penser que le Groupe de travail sur les brevets du Conseil retiendrait la leçon et suivrait au moins la recommandation de la France. Malgré tout, le contraire s'est produit : la vieille tactique perdante est maintenue et les réserves de la délégation françaises supprimées.

Selon la doctrine de 2000 de l'OEB sur les caisses de retraites (Pension Benefits), qui est à la base des propositions de la Commission et du Conseils, tout ce qui tourne sur un ordinateur est une invention technique. Afin de pouvoir néanmoins rejeter certaines revendications de brevets sur des méthodes pour l'exercice d'activités économiques, l'OEB affirme que la condition de technicité est d'une façon ou d'une autre implicite dans la condition de non évidence. Très peu de gens comprennent ce que cela signifie et même les juristes des brevets se plaignent régulièrement qu'ils n'arrivent pas à comprendre les instructions ésotériques de l'OEB sur ce point. Parmi les détracteurs se trouvent des savants et des juges réputés, dont certains peuvent difficilement être suspectés d'être des opposants à la brevetabilité du logiciel. Le représentant des États-Unis pour le commerce extérieur a fait remarqué que cette doctrine de l'OEB violait le système de l'article 27 des ADPIC. L'exposé des motifs de la Commission, le 20/02/2000, commente :

Comme l'indiquent le considérant 11 et l'article 4, la présence d'une « contribution technique » doit être évaluée non pas en relation avec la nouveauté mais en tant qu'activité inventive. L'expérience montre que cette démarche est plus simple à appliquer en pratique.

Autrement dit : même la Commission reconnaît tacitement que la doctrine de caisse de retraite est difficile à justifier

en théorie. Le résultat pratique le plus immédiat de cette doctrine est que les algorithmes et les méthodes pour l'exercice d'activités économiques ne peuvent plus être rejetés sans d'abord mener une recherche en nouveauté coûteuse. Puisque plusieurs offices nationaux des brevets (par ex. : l'Office de brevets français) ne mènent pas de recherche en nouveauté, il ne peuvent plus rejeter de brevet pour manque de contribution technique, pas même selon les critères laxistes proposés par cette directive. Plus encore, la doctrine des caisses de retraite crée une confusion maximale et une insécurité juridique autour du concept de contribution technique, de telle sorte que les tribunaux faisant autorité en matière de brevets ne peuvent plus rendre de comptes en se basant sur une quelconque loi.

---

### **« Invention mise en oeuvre par ordinateur » élargi à n'importe quel procédé brevetable**

Le terme « invention mise en oeuvre par ordinateur » a été introduit et défini par l'OEB en 2000 comme une euphémisme pour « programmes d'ordinateurs » (règles pour le fonctionnement d'éléments conventionnels d'un système de traitement de données, tels qu'un processeur, une unité de stockage, des entrées/sorties, etc.), qui ne sont pas des inventions au sens de droit des brevets. La proposition de la Commission est une simple copie de la définition de l'OEB.

(a) « invention mise en oeuvre par ordinateur » désigne toute invention dont l'exécution implique l'utilisation d'un ordinateur, d'un réseau informatique ou d'autre appareil programmable et présentant une ou plusieurs caractéristiques à première vue nouvelles qui sont réalisées totalement ou en partie par un ou plusieurs programmes d'ordinateurs ;

L'OEB et la Commission sont prudents lorsqu'ils définissent étroitement « les inventions mises en oeuvre par ordinateur », de telle sorte que seuls les véritables programmes d'ordinateur soient couverts. La contribution à première vue nouvelle doit consister dans un moyen par lequel le système de traitement de données est programmé, pas dans les procédés techniques périphériques. Un nouveau moyen de faire jouer la température sur des pneus d'automobile sous le contrôle d'un programme ne serait pas une « invention mise en oeuvre par ordinateur » selon la définition de l'OEB et de la Commission.

La franchise brutale de la Commission est devenue une cible facile de critique pour beaucoup de gens. Comme dans le cas de l'article 3, le Groupe de travail du Conseil n'a rien fait pour changer la doctrine de la Commission mais s'est plutôt attaché à embrouiller la formulation. Ainsi, dans le document du Conseil, à la fois les méthodes de traitement de données et les nouveaux moyens de contrôler les forces de la nature pourraient être des « inventions mises en oeuvre par ordinateur ». Les termes du Conseil couvrent tout procédé contrôlé par ordinateur et de ce fait tout objet revendiqué dans tous les domaines techniques et non techniques. On pourrait se demander quel objectif le terme pourrait encore servir avec une définition aussi large.

(a) « invention mise en oeuvre par ordinateur » désigne toute invention dont l'exécution implique l'utilisation d'un ordinateur, d'un réseau informatique ou d'autre appareil programmable, l'invention présentant une ou plusieurs caractéristiques qui sont réalisées totalement ou en partie par un ou plusieurs programmes d'ordinateurs ;

Le parlement a choisi de redéfinir le terme « invention mise en oeuvre par ordinateur » de telle façon qu'il veuille dire exactement ce que l'OEB et la Commission ne veulent pas qu'il signifie et qu'il exclue exactement ce qu'il veulent : i.e. il ne se réfère qu'au procédé technique périphériques, pas aux programmes d'ordinateur en tant que tels.

a) « invention mise en oeuvre par ordinateur » désigne toute invention au sens de la Convention sur le brevet

européen dont l'exécution implique l'utilisation d'un ordinateur, d'un réseau informatique ou d'un autre appareil programmable et présentant dans sa mise en oeuvre une ou plusieurs caractéristiques non techniques qui sont réalisées totalement ou en partie par un ou plusieurs programmes d'ordinateurs, en plus des caractéristiques techniques que toute invention doit posséder ;

Ainsi le Parlement formule clairement ce que la Commission et le Conseil prétendent souvent dire : les algorithmes exécuté par ordinateur contrôlant un système anti-bloquant ne sont pas brevetables, alors que le système anti-bloquant dans son ensemble, avec les mécanisme, la température, les frottements et un nouveau moyen de les utiliser dans les revendications, est potentiellement une invention brevetable. Alors que le travail d'un ingénieur des procédés est brevetable, celui d'un programmeur ne l'est pas.

Le Conseil ne veut pas décider ce que désigne le terme orwellien d'« invention mise en oeuvre par ordinateur » : des programmes d'ordinateur en tant que tels (proposition de la Commission) ou des inventions techniques informatisées (proposition du Parlement). Cela peut sembler politiquement habile mais engendre de lourdes conséquences pour l'exercice du droit. Avec la version du Conseil, il revient à l'avocat des brevets de décider si un procédé doit être traité comme une « invention mise en oeuvre par ordinateur », i.e. : si le régime spécial de cette directive peut s'y appliquer. Tout procédé brevetable devrait être reproductible et donc, en pratique, automatisable, i.e. contrôlé par un ordinateur. Si l'avocat des brevets met cette fonctionnalité dans ses revendications, la directive du Conseil s'applique avec toutes ses dispositions spéciales, qui dévient considérablement du droit des brevets habituel. Par ex., selon l'article 5(2), il devient possible de revendiquer le programme sans le procédé matériel. Ainsi, une parfaite description à la Turing d'un procédé chimique pourrait être revendiqué, indépendamment du fait que la logique du programme soit nouvelle ou pas. Une telle tendance peut d'ores et déjà être observée aujourd'hui. Elle permet à ceux qui déposent des brevets de contrôler les marchés auxiliaires de la programmation et de la publication. Le principe selon lequel les brevets devraient servir de moyens de diffusion de l'information technique est ainsi systématiquement écarté, non seulement pour le cas particulier des brevets logiciels mais également pour tous les brevets.

voir aussi (Qu'est-ce qu'une « Invention mise en oeuvre par ordinateur » ? - <http://swpat.ffii.org/papiers/eubsa...>)

---

## Fausse limites, ambiguïtés tarabiscotées

Nous avons dénoncé encore et encore les manèges rhétoriques par lesquels le document du Conseil induisait en erreur les lecteurs inattentifs.

Nous avons [énuméré et analysé](#) certains de ces manèges durant l'été 2003, lorsqu'ils étaient copiés/collés par Arlene McCarthy et la commission JURI.

Une analyse détaillée des stratagèmes rhétoriques qui envahissent le document de travail du Conseil doit encore être produite ici.

voir aussi (EU Software Patent Directive Articles 1-6 : Parliament's vs Council's Version - <http://swpat.ffii.org/papiers/europ...>) et

[Le subterfuge rhétorique le plus fréquemment utilisé dans le document du Conseil se déroule ainsi :](#)

[\[A" class='spip\\_out' rel='external'>CEC 2003/11 : Secret Nitpicking on European Parliament's Amendments](#) n'est brevetable que si [condition B] est remplie.

mais, si on examine ceci minutieusement, il s'avère que la condition B est toujours remplie.

Voir [Fausses limites à la brevetabilité dans la proposition du Conseil](#) où nous essayons de donner un aperçu des astuces trompeuses dans la proposition du Conseil du 18 mai 2004, ainsi que <http://kwiki.ffii.org/ConsRec7etcEn>.

---

## Destruction délibérée du projet de directive européenne ?

Les membres du Groupe de travail du Conseil de l'UE ont durci plus encore leur précédente position en faveur d'une brevetabilité illimitée et de la défense des brevets en justice en ce qui concerne les logiciels. Ils ont pris ainsi une position à l'extrême opposé de celle du Parlement européen, ce qui rend toute négociation très difficile. Certaines des positions prises par le Groupe, comme son insistance sur les revendications de programmes, ne servent aucun intérêt connu si ce n'est celui de rendre les négociations difficiles. Ceci soulève des questions sur les intentions du Groupe.

Les membres du Groupe se rencontrent régulièrement à la fois au Conseil de l'Union européenne et au Conseil administratif de l'Office européen des brevets (OEB) qui dirige l'OEB. Ils établissent un lien personnel entre l'OEB et l'UE. Au sein de l'OEB, ils sont les maîtres de la législation. Ils sont réticents à partager cette chasse gardée avec quiconque. La participation de l'UE est la bienvenue si elle signifie que l'UE va approuver sans discussion la politique du Groupe. Lorsque l'UE commence à questionner le bon sens du Groupe, ce dernier coupe court à toute communication et se rassemble autour des positions que son autorité a façonnées, i.e. l'infinie sagesse des Chambres de recours techniques. Le Groupe serait plus heureux d'abandonner tout à fait le projet de directive de l'UE et de poursuivre sa ligne au cours des conférences diplomatiques et autres coulisses de processus intergouvernementaux où aucun parlementaire et aucune discussion publique n'interviennent. Frits Bolkestein [a rendu public](#) ce secret de polichinelle, au Parlement européen la veille du vote en plénière.

La situation en est arrivée au point où le monopole du Groupe se met clairement en travers de l'élargissement des attributions législatives de l'UE dans les secteurs vitaux de la politique économique. Les États membres doivent décider s'il veulent avancer ou reculer.