

Brevets logiciels :
comment parvenir aux objectifs fixés
par la «position commune»
— Options et compromis potentiel —

Propositions de la FFII au PPE-DE

22 juin 2005

Table des matières

1. Pourquoi nous voulons exclure les brevets sur les logiciels et les méthodes d'affaires ?	4
2. Qu'est-ce qui ne va pas avec la «position commune» ?	6
3. Le choix fondamental : science naturelle contre science exacte	9
4. Breveter les inventions d'imagerie médicale par tomographie selon les «Dix clarifications clés»	10
A. Les dix clarifications clés pour la directive sur les brevets logiciels	12

1. Pourquoi nous voulons exclure les brevets sur les logiciels et les méthodes d'affaires ?

La plupart d'entre nous sont d'accord pour affirmer que les créateurs, y compris les programmeurs et ceux qui élaborent des méthodes d'affaires, devraient pouvoir être récompensés de leur activité et que le droit sur la propriété intellectuelle devrait être un recours lorsqu'il s'avère utile à cette fin.

Il faut se souvenir que les brevets sont un type quelque peu particulier de «propriété intellectuelle». Un brevet est un monopole sur un nouveau concept. La portée des actions monopolisées peut être très large. Il peut s'avérer assez difficile de réconcilier ce type de monopole avec la liberté d'agir et la libre concurrence, qui sont au cœur de la démocratie moderne et de l'économie de marché.

Ainsi, lorsque l'on permet qu'un sujet, quel qu'il soit, devienne brevetable, il faut le faire avec précaution.

Le système de brevet est traditionnellement limité au domaine des sciences naturelles appliquées. La solution doit non seulement être nouvelle, mais elle doit également être concrète et physique. Cela a toujours permis de limiter la portée des revendications de brevet.

La Convention sur le brevet européen de 1973 exclut des sujets brevetables le logiciel, les mathématiques et les méthodes d'affaires. Dans les Directives relatives à l'examen de 1978, on précise que les sujets exclus de la brevetabilité sont de nature «abstraite». Effectivement, le traitement de données est un domaine dans lequel l'ingéniosité réside dans l'abstraction. S'il existe quelque chose de «technique» — i.e. de concret et physique, relatif aux forces de la nature — dans du traitement données, alors il s'agit au mieux d'un aspect trivial et bien connu, tel que par exemple le fait que ce traitement utilise un ordinateur.

L'office européen des brevets s'est débrouillé pour accorder des brevets logiciels depuis 1986 — décision *Vicom* — et a progressivement étendu la portée de l'octroi de brevets dans les décisions qui ont suivi, en particulier celles de 1998, lesquelles ont introduit des revendications de programmes, et celles de 2000 et des années suivantes, qui ont principalement consisté à supprimer le test décidant si l'on avait affaire à un sujet brevetable et à transférer ce qu'il restait de ce test vers celui de non-évidence — activité inventive.

Cette pratique a conduit à accorder plus de 30 000 brevets extraordinairement étendus et triviaux. L'expérience prouve à nouveau ce que l'on savait déjà : ouvrir le système de brevets à des sujets abstraits conduit à des résultats indésirables. L'innovation dans cette sphère devrait être récompensée par des droits de propriétés moins étendus, comme le copyright, et par les mécanismes informels fonctionnant déjà très bien dans l'industrie du logiciel. L'imitation

n'est pas du tout aisée. Elle n'est pas interdite mais coûte extrêmement cher sous les régimes existants du copyright et du secret du code source.

Aujourd'hui, après presque 10 ans de débats public sur le projet de directive, il semble qu'il existe un large consensus sur le fait que les brevets ne sont pas souhaitables dans le secteur des «logiciels purs» – par exemple celui dans lequel Microsoft et SAP ont leurs activités — et sur les méthodes d'affaires.

2. Qu'est-ce qui ne va pas avec la «position commune» ?

La «position commune» issue de l'accord politique de mai 2004 est souvent présentée comme un moyen d'empêcher les brevets sur les «logiciels en tant que tels» et sur les méthodes d'affaires.

Nous approuvons cet objectif affiché de la «position commune», mais il est clair pour nous que le contenu est radicalement différent de l'affiche. Avec Microsoft et SAP exerçant un lobbying en faveur de la «position commune», il ne devrait pas y avoir besoin de plus d'explications. Mais puisque M. Lehne, dans son discours de clôture lors de la réunion du 2 juin, a énuméré quelques points rassurants dans la «position commune» concernant le «logiciel en tant que tel» et a défié quiconque de lui expliquer pourquoi ces dispositions ne suffiraient pas à exclure le logiciel pur, nous allons détailler ce point plus avant.

Le projet de directive a été initié en 1997 avec le «Livre vert» de la Commission, qui stipulait explicitement que son objectif était d'harmoniser les pratiques européennes avec celles des États-Unis. L'Office européen des brevets a adopté depuis un raisonnement essentiellement similaire à celui des États-Unis en ce qui concerne la brevetabilité des logiciels. Le projet trilatéral — une initiative conjointe des offices de brevets états-uniens, japonais et européen — de 2000 a clarifié ceci dans son rapport et a introduit le terme d'«invention mise en œuvre par ordinateur» afin de justifier le brevetage de «méthodes mises en œuvre par ordinateur», tel qu'il est aujourd'hui pratiqué par l'Office européen des brevets et avalisé par la «position commune».

La «position commune» inclut des dispositions rassurantes telles que :

Article 4.1

Un programme d'ordinateur en tant que tel ne peut constituer une invention brevetable.

qui semble contredire cette intention. Cependant la disposition ci-dessus, combinée avec celle qui vient juste après, revient en réalité à dire :

Les pensées en tant que telles sont libres. Nous emprisonnons seulement ceux qui pensent.

Ce type de disposition ne sert aucun objectif de réglementation, elle semble être un peu plus qu'une tentative de tromper le législateur.

Lors des auditions entreprises par le ministre polonais de l'informatisation en novembre 2004, tous les participants, y compris les représentants de Microsoft et des associations d'avocats des brevets, ont approuvé le fait que les «inventions mises en œuvre par ordinateur» n'étaient en réalité que des solutions logicielles dans le contexte de revendications de brevets.

Même l'Office européen des brevets a reconnu cela dans ses Directives relatives à l'examen de 2001, dans lesquelles il explique l'article 52 de la CBE ainsi :

Les programmes d'ordinateurs relèvent des «inventions mises en œuvre par ordinateur», cette expression couvrant des revendications qui font intervenir des ordinateurs, des réseaux informatiques ou d'autres dispositifs programmables classiques dans lesquels il apparaît à première vue que les caractéristiques nouvelles de l'invention revendiquée sont réalisées grâce à un programme ou des programmes d'ordinateur. De telles revendications peuvent notamment être formulées en des termes exposant une méthode pour faire fonctionner ledit dispositif classique, le dispositif étant agencé de manière à exécuter cette méthode ou, conformément à la décision T 1173/97 (JO 10/1999, 609), le programme lui-même.

La Commission et le Conseil ont en fait employé un langage très proche dans la définition d'«invention mise en œuvre par ordinateur» qu'ils proposent, mis à part qu'ils prétendent qu'un «programme d'ordinateur» est quelque chose de radicalement différent d'une «invention mise en œuvre par ordinateur».

L'article 5.2 est révélateur du style dans lequel est écrite la «position commune» :

Une revendication pour un programme d'ordinateur, seul ou sur support, n'est autorisée que si...[condition verbeuse et compliquée qui s'avère être toujours vraie lorsqu'on l'examine de près].

De telles tentatives de tromper le législateur sont en elles-mêmes scandaleuses. Et la manière avec laquelle cette position a été forcée au sein du Conseil contre la volonté des parlements nationaux, contre les demandes de rouverture des négociations de la part de trois pays et contre le propre règlement intérieur du Conseil, est un autre scandale, sans parler de la brutale fin de non-recevoir à la demande de redémarrage du Parlement en février de la part de la Commission, ni de l'artillerie excessive déployée en lobbying de la part de grands groupes industriels se présentant comme des PME. Nous avons affaire ici à des tentatives d'imposer le régime de l'OEB en Europe par tous les moyens, exploitant pleinement les faiblesses du déficit démocratique de l'Union européenne, afin d'éviter un débat régulier entre les intérêts en jeu.

Il est clair que si nous voulons créer des opportunités pour que soit remplis les objectifs proclamés de la «position commune», il nous faut amender fortement celle-ci.

Le résultat final devrait consister en un ensemble de règles claires excluant les brevets sur les traitements de données, tout en permettant de breveter des inventions dans le domaine de l'automobile, de la santé, des appareils ménagers, etc., indépendamment du fait que des traitements de données soient employés dans la réalisation de ces inventions.

Ces règles doivent être aussi simples que possible, et elles doivent donner du bon sens à l'article 52 de la CBE et à l'article 27 des ADPIC.

Les règles n'ont pas besoin de réguler chaque détail du droit des brevets. Certaines parties seront inévitablement laissées à l'appréciation des tribunaux. Mais des termes tels que «technologie», qui sont employés par les ADPIC, doivent être concrétiser si une quelconque «harmonisation» et une quelconque «clarification» doivent être réalisées.

Nous expliquons ci-dessous quelques étapes basiques nécessaire à la réalisation de ces objectifs.

Si le Parlement n'arrive pas à voter un ensemble d'amendements approximativement dans la ligne des principes exposés ci-dessous, cela signifiera que la sombre époque d'une application des brevets logiciels, comme celle dans laquelle sont plongés les États-Unis, commencera en Europe dès le mois de juillet 2005.

3. Le choix fondamental : science naturelle contre science exacte

Dans le débat général, il existe deux façons de définir ce qui est «technique» :

- une science exacte appliquée ;
- une science naturelle appliquée.

Ces deux choix peuvent être expliqués plus en détail, mais il ne semble pas y avoir de troisième option. Soit l'on considère que les mathématiques sont un «domaine technique», soit l'on considère que non. Si l'on trouve une nouvelle manière d'optimiser le calcul du plus court trajet pour le voyageur de commerce, est-ce que cela constitue une invention technique ? Il s'agit indubitablement d'une innovation dans une science exacte. L'EICTA a proposé «science exacte» dans ses commentaires sur les amendements de JURI. On peut trouver un article intéressant sur cette question, écrit par un juge influent de l'OEB, sur <http://swpat.ffii.org/papers/jwip-schar98/>. L'auteur opte pour la science exacte et conclut à raison que ce choix entraîne que «toutes les solutions pratiques sont des inventions techniques».

Si nous acceptons que la technique soit une «science naturelle appliquée», alors la question de savoir s'il faut ou non employer la formulation «forces contrôlables de la nature» ou s'il faut ou non stipuler explicitement que le traitement de données ne fait pas partie des sciences naturelles et comment formuler ceci correctement n'est qu'un détail sur lequel des compromis pourront être trouvés tôt ou tard. Si ce n'est pas lors de la seconde lecture du Parlement, alors ce sera pendant les négociations avec le Conseil en Conciliation.

La jurisprudence allemande — y compris l'affaire «Kommunikationslösung» et d'autres affaires de 2004 — utilise les «forces contrôlables de la nature» comme définition de la «technique» et le président de la plus haute cour, le Dr. Klaus-Jürgen Melullis, a récemment souligné une fois de plus que sans cette définition, les tribunaux n'ont à ce jour aucun moyen fiable d'exclure les brevets sur des concepts abstraits et sur les méthodes d'affaires. Il s'agit juste d'une base. Sur cette base, à peu près n'importe quel brevet peut être accordé. Pour vraiment exclure les logiciels et les méthodes d'affaires, on doit considérer d'autres éléments, à savoir le concept d'«invention» ou de «contribution».

4. Breveter les inventions d'imagerie médicale par tomographie selon les «Dix clarifications clés»

Si nous parvenons à un consensus sur nos intentions, nous serons alors également en mesure de résoudre la plupart des autres questions. Les principes juridiques nécessaires pour exclure de la brevetabilité les logiciels et les méthodes d'affaires sont assez clairs. La FFII les a résumés¹.

Ces principes sont essentiellement les mêmes que ceux utilisés dans la fameuse décision de la cour fédérale allemande (BGH) en 1980 sur le dispositif de frein anti-blocage (ABS), où ils ont permis de justifier l'octroi d'un brevet sur ce système ABS assisté par ordinateur. Ils sont également sensiblement les mêmes que ceux auxquels se réfèrent aujourd'hui le BGH et les autorités polonaises des brevets.

Expliquons brièvement comment un dispositif de frein anti-blocage ou une solution d'imagerie médicale par tomographie peut se voir octroyé un brevet selon ces règles.

Le freinage automobile et l'imagerie médicale par tomographie sont des domaines techniques.

Une revendication de brevet, telle que :

Revendication 1 un procédé s'exécutant sur un appareil d'imagerie médicale par tomographie, caractérisé en ce que

- le foie humain est balayé pour trouver un motif X ;
- ce motif est analysé selon une règle Y ;
- le résultat est restitué sur un dispositif d'affichage.

est à première vue une revendication sur un objet appartenant au domaine de l'imagerie médicale par tomographie et non à celui du traitement de données. Ceci devient clair avec les définitions proposées de «programme d'ordinateur» et de «traitement de données».

Toutefois cela ne suffit pas pour décider si le procédé dans son ensemble fait partie du domaine de l'imagerie médicale par tomographie. On doit également examiner s'il existe ou non une «contribution» dans le domaine de l'imagerie médicale par tomographie, i.e. si la nouvelle connaissance incorporée dans cette solution est une connaissance dans le domaine de la médecine ou de la biologie ou s'il s'agit d'une connaissance dans le domaine du traitement de données. La question à poser serait : l'«inventeur» présumé a-t-il trouvé quelque chose de nouveau sur le fonctionnement du foie ? L'«inventeur» est-il un expert en biologie ou en médecine ? Ou est-il le programmeur qui a simplement utilisé une connaissance que l'on peut

¹voir A «Les dix clarifications clés» page 12

trouver dans un manuel scolaire de médecine comme base pour écrire un programme plus efficace, avec une meilleure gestion de la mémoire, de manière à ce que la vitesse de calcul soit améliorée ?

Dans certains cas, il peut s'avérer difficile de répondre à cette question. En outre, il reste de la place pour que les juges trouvent des règles appropriées.

En supposant que la revendication ci-dessus se soit avérée incorporer une invention technique, la question suivante pourrait porter sur une revendication de programme, telle que :

Revendication 20 un programme d'ordinateur sur un support qui, lorsqu'il est chargé en mémoire et exécuté sur un ordinateur, met en œuvre le procédé, conformément à la revendication 1.

Ce type de revendication serait rejeté selon les dix clarifications clés. Plus encore, la liberté de distribuer des programmes qui exécuteraient le procédé revendiqué serait garantie de la même façon que la liberté de publier des manuels d'instructions pour les opérations de l'appareil d'imagerie médicale par tomographie. Cependant, afin d'exécuter le procédé décrit dans un manuel ou sur une disquette, l'opérateur de l'appareil d'imagerie médicale par tomographie devrait obtenir une licence de la part du détenteur du brevet. Par conséquent, le vendeur de logiciel devrait en pratique informer ses clients de la nécessité d'obtenir une licence, et pourrait même être conduit à coopérer avec le détenteur du brevet pour vendre la licence au client final.

Ce choix est justifié à la fois par des raisons économiques — concurrentielles — et par soucis de clarté juridique.

raisons économiques : Le marché du logiciel est un marché indépendant en aval. À l'instar du marché des pièces détachées automobiles, il n'y a aucune raison valable pour laisser trop de contrôle aux constructeurs de matériel sur ce marché indépendant. Les producteurs de logiciels, comme les éditeurs de manuels, sont servis au mieux par le régime existant de propriété intellectuelle pour le logiciel.

raisons juridiques : lorsque l'innovation incorporée dans un programme d'ordinateur appartient à un domaine tel que la biologie ou la médecine — en dehors du traitement de données —, l'invention ne réside pas dans l'activité de programmation. Seul ce qui a été inventé devrait être revendiqué. Rompre avec ce principe conduit en outre à un conflit avec d'autres valeurs juridiques importantes, telles que la liberté de publication, qui est l'une des limites les plus fiables au système de brevets.

Si ce qui précède est le résultat que nous avons en tête, nous sommes sûrs que nous arriverons à un compromis sur la formulation.

A. Les dix clarifications clés pour la directive sur les brevets logiciels

Les premières étapes sont, comme souligné précédemment : définir la «technique» (7) en tant que «science naturelle appliquée», exclure les revendications de programmes (4) et corriger «mise en œuvre par ordinateur» par «assistée par ordinateur» (1).

- 1. Définition d'«invention assistée par ordinateur» :** Une «invention assistée par ordinateur»[, également appelée de manière inappropriée «invention mise en œuvre par ordinateur»,] est une invention au sens du droit des brevets dont l'exécution implique l'utilisation d'un appareil programmable.
- 2. Définition de «programme d'ordinateur» :** Un «ordinateur» est une réalisation d'une machine abstraite composée d'entités telles que des entrées/sorties, un processeur, de la mémoire, de l'espace de stockage et des interfaces pour échanger avec des systèmes externes et des utilisateurs humains. Le «traitement de données» est du calcul sur des entités abstraites, éléments des ordinateurs. Un «programme d'ordinateur» est une solution à un problème au moyen d'un traitement de données, qui, à partir du moment où il est correctement décrit dans un langage approprié, peut être exécuté par un ordinateur.
- 3. Objets des revendications de produit et de procédé :** Une invention assistée par ordinateur peut être revendiquée en tant que produit, c'est-à-dire en tant qu'appareil programmé, ou en tant que procédé réalisé par un tel appareil.
- 4. Exclusion des revendications de programme :** Une revendication de brevet pour un programme d'ordinateur, seul ou sur support, ne doit pas être autorisée.
- 5. Liberté de publication :** La publication ou la distribution d'informations ne peut jamais constituer une contrefaçon de brevet.
- 6. Définition négative de «domaine technique» :** Le traitement de données n'est pas un domaine technique.
- 7. Définition positive de «technique» et «domaine technique» :** «Technologie» signifie «science naturelle appliquée». Un domaine technique est une discipline des sciences appliquées dans laquelle une connaissance est acquise par expérimentation sur les forces contrôlables de la nature. «Technique» signifie «appartenant à un domaine technique».
- 8. Définition négative de «contribution» :** Une amélioration de l'efficacité d'un traitement de données ne constitue pas une contribution technique.
- 9. Définition positive de «contribution» et «invention» :** Une «invention» est une contribution à l'état de l'art dans un domaine technique. La contribution est l'ensemble des caractéristiques par lesquelles l'objet de la revendication de brevet dans son ensemble est

supposé différer de l'état de l'art antérieur. La contribution doit être de nature technique, i.e. elle doit comprendre des caractéristiques techniques et appartenir à un domaine technique. Sans contribution technique, il n'existe pas d'objet brevetable et pas d'invention. La contribution technique doit remplir les conditions de brevetabilité. En particulier, la contribution technique doit être nouvelle et non évidente pour une personne du métier.

10. Liberté d'interopérer : Chaque fois que le recours à une technique brevetée est nécessaire pour l'interopérabilité, ce recours n'est pas considéré comme une contrefaçon de brevet.