

Brevets concernant un programme d'ordinateur : l'étendue de la protection.

Le logiciel, envisagé comme objet de droit, se trouve à la frontière des catégories élémentaires du droit de la propriété intellectuelle, droit d'auteur (œuvre de langage) et brevet (création industrielle).

Instrument de diffusion de la connaissance, le brevet, conçu pour être un moteur d'innovation, permet à celui qui le détient de se prévaloir d'un monopole sur l'utilisation du contenu de l'ensemble formé par les descriptions et revendications de son titre. La contrepartie de ce monopole est la diffusion (sous la forme de publication par l'office de brevet) des moyens de réalisation de l'invention, permettant sa compréhension et sa reproduction.

La proposition de directive de la Commission européenne du 20 février 2002¹ tente de marquer une étape vers la légalisation de la jurisprudence de l'OEB² en matière d' « invention mise en œuvre par ordinateur », malgré la polémique qu'elle engendre notamment sous l'action des acteurs de la communauté du logiciel libre³.

Le choix avait été fait en 1985 de protéger le logiciel par la loi sur le droit d'auteur, alors que dans le même temps s'amorçait une ouverture dans le droit des brevets avec la célèbre décision *Vicom*⁴.

La question ressurgit depuis quelques années. L'évolution de la jurisprudence des chambres de recours de l'OEB s'explique par l'influence des politiques américaine et japonaise de délivrance de brevets portant sur des logiciels et des méthodes commerciales, ainsi que par la volonté des éditeurs de logiciels de mieux valoriser financièrement leurs produits par un titre industriel. La propriété du brevet permet de le faire figurer dans le bilan comptable, ce qui fût particulièrement intéressant dans le contexte de bulle spéculative des années 1999-2000.

On constate ainsi un détournement de l'institution brevet par la pratique des « brevets de

1 http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/comp/com02-92fr.pdf pour la version française.

2 Office Européen des Brevets

3 Principalement Aful, April, Eurolinux, FFII.

4 Chambre des Recours Technique (CRT) de l'Office Européen des Brevets(OEB), 15 juillet 1986, *VICOM System Inc.*, PIBD 1987, 409-III, p.134.

façades », dans lesquels le procédé breveté est la plupart du temps évident (donc facilement annulable). Ils permettraient notamment aux multinationales de faire pression (certains parlent de « petites escroqueries »⁵, peut-être plus ou moins petites) sur de petits éditeurs de logiciels afin de leur faire s'acquitter de royalties⁶.

Par ailleurs, l'opacité semble être la règle dans ce domaine. La majorité de ces brevets est rarement compréhensible aisément même pour un spécialiste. Les contentieux sont rares, transiger (en secret) est la solution la plus rationnelle pour un entrepreneur en raison des durées de procédures incompatibles avec la durée de vie moyenne d'une technologie logicielle donnée⁷. Et même lorsqu'un contentieux a lieu, le juge se réfère essentiellement au rapport de l'expert, qui n'est pas publié.

Ces titres « de façade » (ou « de barrage ») sont en réalité destinés à être annulés lors du premier contentieux porté devant une juridiction judiciaire. Peut-on pour autant affirmer que ces « brevets de logiciel » se résument à ne constituer qu'une arme stratégique économique-financière ? Malgré les difficultés que cette opacité engendre pour celui qui tente d'y voir clair dans la matière, il nous semble fondamental de chercher à définir ce qui est protégé, faire le tri entre ce qui est annulable et ce qui est valable. L'enjeu est de combattre une insécurité juridique omniprésente et qui risque de durer : la proposition de directive de la Commission était attendue depuis plusieurs années (et son apport par rapport à la jurisprudence déjà existante de l'OEB est minime), l'accord avec le Parlement pour le vote effectif d'une directive sera difficile à trouver et, compte tenu de la procédure communautaire, ne devrait pas arriver avant plusieurs années⁸.

L'étendue de la protection d'un brevet concernant un programme d'ordinateur peut se déterminer au stade de sa naissance (I) -la délivrance du titre par un office-, ainsi qu'à l'occasion de la mise en œuvre de ses prérogatives par le breveté (II). Il nous paraît important, aussi, de distinguer les deux réalités différentes que recouvre l'expression « invention concernant un programme d'ordinateur » : le programme d'ordinateur est la seule innovation d'un procédé d'ensemble, ou bien d'autres éléments innovants interviennent dans ce procédé.

5 Dominique FORAY, rencontre APP, 28/05/02.

6 Pour la description d'une situation concrète, <http://swpat.ffii.org/papiers/eubsa-swpat0202/index.fr.html> .

7 *Ibid.* : « (...) Vous êtes maintenant une société attractive. Une agence de brevet vous approche: vous violez 2-3 de leurs brevets. Le domaine revendiqué est large. Ils veulent 100,000 EUR. Une bataille juridique pourrait vous bloquer pendant 10 ans et coûter 1 million EUR. Vous payez. Un mois plus tard le prochain agent de brevet frappe a votre porte »

8 En étant optimistes, nous pouvons évaluer à 2 ans la procédure de « navette » ; à laquelle il faut ajouter un délai de transposition de la directive de 3 à 4 ans.

I. La naissance du brevet

La demande de brevet, définissant l'objet de la réservation dans les descriptions et revendications, doit porter sur une création « technique ».

A. Les descriptions/revendications...

Les revendications définissent l'étendue de la protection recherchée pour l'invention, mais elles s'interprètent au regard des descriptions qui l'accompagnent.

1. Le mode de rédaction des descriptions

a) Un langage spécifique

La technique de rédaction du brevet est fondamentale pour que la délivrance par l'office ait lieu. L'important, pour contourner l'exclusion « programme d'ordinateur en tant que tel » (v. *infra*), est de matérialiser l'« invention » en accentuant les aspects physiques de la fonction du logiciel : son action au niveau des connexions physiques (« signal en Entrée/Sortie ») pour chaque périphérique, voire au niveau des composants (les mémoires, le disque dur, la tête de lecture de la disquette par exemple).

Pour se faire délivrer un brevet concernant un logiciel, il est nécessaire d'« utiliser les termes de « procédé », « invention », « système » ou « dispositif », plutôt que « logiciel » ou « programme » »⁹, de préférer « système de manipulation interactive » à « système de traitement de l'information », « moyens d'initialisation » à « mise à zéro des registres », « appareil » de compression pour un algorithme ayant la même fonction¹⁰, ou « réservation de plusieurs blocs de mémoire pour une variable dans un appareil de mémoire ».

b) La question de la publication des sources

Le principe est la rédaction en langage naturel, éventuellement accompagné de schémas explicatifs. La description doit être adaptée à la nature de l'invention : « Peuvent en outre figurer en annexe à la fin de la description notamment : 1° de courts extraits de programmes d'ordinateur

⁹ Guide Lamy Droit de l'Informatique 2000, n°3415.

¹⁰ Exemples cités par X. Linant de Bellefonds, « Brevetabilité du logiciel ? À revoir », Communication – commerce électronique, janvier 2001, p.9.

présentés sous forme de listage rédigés en langage de programmation courants (...) »¹¹.

Le code source lui-même n'offre pas une description suffisante pour la compréhension d'un procédé, et l'organigramme -comme complément des descriptions en langage naturel- paraît être le mode le plus approprié pour la *description/compréhension* de l'utilisation particulière d'un algorithme.

Cette faculté de dévoiler le code source du programme concerné est en pratique bien peu exercée, ce qui est regrettable tant du point de vue de la reproduction de l'invention que de l'efficacité des recherches d'antériorités (et de la diffusion de la connaissance, objectif originel du système de brevet).

Dans une logique de revendication d'un produit (v. *infra*), la description devrait permettre en premier lieu la *reproduction* de l'« invention »¹² : une législation reconnaissant la validité du brevet logiciel (organisant la brevetabilité du logiciel) devrait imposer la divulgation du code source pour ce qui est revendiqué comme produit

2. La forme des revendications

a) Du procédé au produit

Si la revendication dans un « brevet de logiciel » sera toujours fonctionnelle, elle peut être de produit¹³ ou de procédé¹⁴.

L'INPI¹⁵ et l'OEB¹⁶ acceptent déjà, depuis l'année 2000, des revendications de produit. Surprenant à première vue (le logiciel est un procédé de traitement de l'information), ce choix s'explique par le « besoin » des titulaires de brevet de se voir faciliter les procédures de saisie-contrefaçon. Prouver l'utilisation d'un procédé (dans les locaux d'une société saisie) est beaucoup plus long que de saisir directement une machine, voire simplement un disque dur, ou tout autre support.

C'est pourquoi des brevets portant sur un produit-programme¹⁷ revendiqué en tant que support,

11 Art. R.612-13 CPI

12 M.Vivant, intervention au colloque ERCIM, « Propriété intellectuelle et mondialisation », 27/07/02, actes à paraître.

13 « un corps déterminé défini par sa composition mécanique ou sa structure chimique » : « ... un appareil, une machine et plus généralement tout autre objet constituant ainsi un produit. » Lamy Droit Commercial, n° 1577.

14 *ibid.* : « Quant au procédé, il consiste dans la mise en œuvre d'un certain nombre de moyens physiques, chimiques ou mécaniques dont l'agencement permet d'obtenir un certain résultat, consistant soit en un produit, soit en un effet immatériel. »

15 Consignes d'examen concernant les inventions liées à des programmes d'ordinateur et/ou à des méthodes commerciales, 26/10/00, non publiées.

16 Décision CRT 1194/97 – 3.5.2, JO OEB, 12 / 2000, p. 525.

17 L'expression signifie une revendication de la combinaison matériel-logiciel, d'un support ou d'une machine sur lequel un programme est chargé. Le sens n'est donc pas le même que dans la terminologie employée par un

selon une formulation de type : « produit programme d'ordinateur comprenant des portions/moyens/instructions de code de programme enregistré sur un support utilisable dans un ordinateur (...) »¹⁸ ont été favorablement reçus .

Mais la Commission revient en arrière sur ce point en considérant que cela reviendrait à breveter des programmes « en tant que tels »¹⁹ : seul un « produit-machine » pourra être revendiqué²⁰.

b)La méthode d'appréciation des revendications

Le logiciel est un procédé de traitement de l'information ; il peut être revendiqué comme simple étape d'un procédé industriel plus large²¹. La méthode de l'appréciation de l'invention dans son ensemble²² adoptée par l'OEB -par opposition à celle consistant à s'attacher au « noyau essentiel »²³ de l'invention- permet de revendiquer la combinaison du logiciel et du matériel alors que l'unique élément nouveau et inventif peut être le logiciel. Où l'on entrevoit le logiciel « en tant que tel »²⁴...

Dans cette même optique de brevet de combinaison logiciel-machine, la proposition de directive de la Commission souhaite en son article 5, que « les États-membres veillent à ce qu'une invention mise en œuvre par ordinateur puisse être revendiquée en tant que produit, c'est-à-dire en tant qu'ordinateur programmé (...) ». Le fait de programmer une machine de différentes manières permet de considérer que l'on est en présence de machines de types différents.

B...d'une invention.

Qu'on le fasse découler du concept d'invention²⁵ ou de la condition d'application industrielle, l'objet du brevet doit être de caractère « technique ». Le procédé revendiqué doit apporter une « contribution technique », qui « se définit comme une contribution à l'état de la technique dans un domaine technique qui n'est pas évidente pour l'homme du métier »²⁶. Au-delà

programmeur, où le « produit programme » regrouperait : la documentation (client et technique), le programme (proprement dit : algorithmes et structures de données), et les tests (de vérification et de validation).

18 Consignes d'examen de l'INPI précitées.

19 Proposition de directive précitée, article 5, p.16.

20 v. la théorie d'origine néerlandaise de la « machine virtuelle » : Le fait de programmer une machine de différentes manières permet de considérer que l'on est en présence de machines de types différents.

21 Affaire Schlumberger, Cour d'Appel de Paris, 15 juin 1981, PIBD, 1981, III, p.175.

22 CRT 3.4.1, 21 mai 1987, T 26/86, « Equipement radiologique » / Koch et Sterzel, PIBD 1988, 432-III, p.185 ; T110/90-3.5.1 – 15 avril 1993 « Document présenté sous une version susceptible d'être éditée »/IBM, JO OEB, 1994, p.557.

23 T22/85-3.5.1 - 5 octobre 1988 « Résumé et recherche de documents »/IBM, JO OEB 1990 p.12 ; T38/86-3.5.1, 14 février 1989, « Traitement de texte »/IBM, JO OEB 1990 p.384.

24 C'est cette interprétation qu'on pourra discuter afin de remettre en cause la validité du brevet. v. *infra*, II.

25 Définition classique : « une solution technique à un problème technique grâce à des moyens techniques et susceptibles de répétition », Mousseron, Traité des brevets, Librairies Techniques, 1984, n° 154, p. 175.

26 Proposition de directive précitée, p.14.

de la nécessité d'une distinction entre ce qui est technique et ce qui ne l'est pas, c'est une fonction technique innovante que l'on cherchera à se réserver.

1. Une innovation

Deux conditions : une invention nouvelle et non évidente pour « l'homme du métier ». À noter que la notion d'originalité (condition d'application du droit d'auteur), objectivée en « apport intellectuel » pour une adaptation du droit d'auteur au logiciel, est très proche de la nouveauté du droit des brevets.

a) Nouveauté

La question du mode de description (v. *supra*) peut ressurgir ici ; adapté, celui-ci permettrait des recherches d'antériorité efficaces, par la détermination d'un état de la technique pertinent.

Dans la pratique des offices (non spécifique au brevet de logiciel), les antériorités citées sont à une écrasante majorité des brevets, et non des logiciels dont le code source a été ouvert ou des articles de revues²⁷. Cette condition de nouveauté n'est donc pas insurmontable pour qui veut se faire délivrer un titre : la nouveauté peut être retenue du fait de l'absence d'antériorité de toute pièce, c'est-à-dire d'une modification –même mineure- de « la forme technique ou de la fonction du moyen, du résultat, de la combinaison ou de l'application »²⁸.

Quoiqu'il en soit, l'argument de l'absence de nouveauté, si elle peut être prouvée, fera annuler le brevet par le juge.

b) Activité inventive

Inventivité signifie non-évidence pour l' « homme du métier ». L'examineur de l'OEB doit, par une approche « problème-solution », déterminer le problème technique objectif résolu par un procédé faisant « avancer » l'état de la technique.

La contribution résidera dans les moyens (caractéristiques techniques) revendiqués, dans les effets obtenus, ou dans le problème lui-même : l'appréciation ne peut se faire en connaissant *a priori* le problème, puisqu'il serait intégré fictivement dans l'état de la technique²⁹. L'important serait de « bien formuler le problème, c'est-à-dire poser la bonne question, et non [de] résoudre ce

²⁷ Pour une étude statistique sur cette pratique à l'office des brevets américain, v. Greg Aharonian, *Patent examination system is intellectually corrupt*, http://joshua.zutnet.org:8000/Onderwerpen/Patent_us_corrupt/corrupt.html

²⁸ F. Pollaud-Dullian, *Droit de la propriété industrielle*, éd. Montchrestien, Paris, 1999, n° 238.

²⁹ « c'est l'énoncé du problème qui n'était pas évident ; et c'est dans cet énoncé que réside l'activité inventive. » ; Mathély, *Le nouveau droit français des brevets d'invention*, Librairie du journal des Notaires et des Avocats, Paris, 1991, p.95.

problème, ce que n'importe quel homme du métier sait faire une fois la question bien formulée »³⁰. La CRT de l'OEB le rappelle: « la découverte d'un problème méconnu peut constituer dans certains cas un objet brevetable, même si en elle-même la solution revendiquée apparaît rétrospectivement banale et évidente »³¹. Reste que ce problème risque d'être souvent énoncé dans le cahier des charges par le client de celui qui effectuera la demande de brevet.

Le juge, de son côté, recherchera certains critères pour déterminer si l'invention brevetée est réellement inventive : une difficulté surmontée, un préjugé vaincu, la durée de gestation de l'invention, ou encore une rupture décisive avec l'état de la technique antérieur.

2. Une fonction technique

Nous ne traiterons ici que de la fonction technique du traitement d'information que réalise le programme, pour lequel l'invention sera toujours une solution technique à un problème technique. Mais l'information traitée, si elle concerne par exemple l'état physique d'un appareil, confèrerait à tout le procédé un caractère technique³².

a) Un problème technique

Comme nous avons pu le voir, « l'important est de bien formuler le problème ». Le critère des « considérations techniques » dégagé par l'OEB³³ est la marque d'une érosion des limites du concept de technicité. Il y aura contribution technique (donc délivrance du brevet) si l'on peut relever un « ensemble d'activités faisant intervenir des considérations techniques ».

Exemple de problème technique (où ce que représentent les informations traitées est de nature technique) : « la visualisation d'informations sur des événements qui se produisent dans le dispositif d'entrée/sortie d'un système de traitement de texte »³⁴.

30 J. P. Smets, précité note 24, p.44.

31 T 2/83, 15 mars 1984, JO OEB 1984 p.265

32 « La visualisation automatique d'informations sur l'état d'un appareil ou d'un système est essentiellement un problème technique » ; Chambre des Recours, OEB 5 septembre 1988, "méthode de décodage d'expressions et d'obtention de lecture d'événements dans un système de traitement de texte"/IBM, PIBD, 476-III, p.255. « Les codes de commandes d'imprimante doivent être considérés comme des caractéristiques techniques du système de traitement de texte » ; T 110/90, chambre des recours 3.5.1, « document présenté sous une version susceptible d'être éditée / IBM », JO OEB 1994 p. 557. v. aussi (et déjà) la décision Vicom (précitée) dans laquelle la CRT relevait que la méthode revendiquée demeurait abstraite tant « qu'il n'était pas spécifié que les données représentent une entité physique... ».

33 T769/92-3.5.1, Sohei / « système de gestion universel » - JO OEB 1995 p.34. La demande portait sur « un système informatique pour différents types de gestion indépendante comprenant, au minimum, des fonctions de gestion financière et de gestion de stock... » dont l'intérêt était de permettre l'utilisation d'un « bordereau de transfert unique » pour l'ensemble des opérations de gestion visées.

34 T 0115/85, 5 septembre 1988, JO OEB 1990 p.30.

b) Une solution technique

La fonction du programme, qui ne doit pas tomber sous le coup d'une autre exclusion de l'article 52 CBE sera de produire un effet « technique ».

Tout programme fait produire à un ordinateur des impulsions électriques. Pour être brevetable, l'effet technique doit être « supplémentaire », c'est-à-dire « all[er] au-delà des interactions physique normales »³⁵ entre programme et ordinateur. « Lorsqu'un programme constitue une modification de données et ne produit aucun effet au-delà du traitement de l'information, il est exclu du domaine de la brevetabilité »³⁶. L'effet technique pourrait être produit par une fonctionnalité utilisant les ressources de la machine de manière performante ; mais si seul le logiciel engendre cet effet supplémentaire, le demandeur (ou le breveté) se verra opposer l'exclusion « programme d'ordinateur ». Il semble en réalité que l'« effet technique supplémentaire » résultera d'un nouveau périphérique, matériel qui sera breveté en combinaison avec une partie logicielle.

La Commission nous rassure : « un algorithme³⁷ défini sans référence à un environnement physique ne présente pas un caractère technique et ne peut donc constituer une invention brevetable. »³⁸ Il est vrai que d'autres exclusions de l'article 52 CBE concernent les « formules mathématiques », « présentations d'informations » et les « principes scientifiques ». L'objet de réservation par brevet pourrait être limité au rapport du principe abstrait à la fonction *précise* revendiquée, c'est-à-dire une implémentation particulière d'un algorithme ; ce serait alors la description d'une algorithmique, science qui étudie l'application des algorithmes à l'informatique, qui serait brevetée.

Le jeu de langage de la doctrine de l'« effet technique » ne permet pas de délimiter précisément et avec certitude le domaine de réservation de ces brevets concernant des programmes d'ordinateur : comment définir ce qui est *technique* ? Chaque activité possède –de manière non exclusive- ses techniques, et on peut en réalité tout mettre derrière ce mot³⁹. On

35 Décision CRT, 1^{er} juillet 1998, « resynchronisation asynchrone d'une procédure de validation », T 1173/97-3.5.1, JOOEB, 10/1999, p. 620.

36 CR OEB, Siemens, 12 décembre 1989 T158/88

37 « Ensemble des règles opératoires propres à un calcul ou à un traitement informatique. — Calcul, enchaînement des actions nécessaires à l'accomplissement d'une tâche. » Petit Robert, 2001.

38 proposition de directive précitée, considérant n°13, p.20

39 M.Weber: « ... on peut parler d'une technique de la prière, d'une technique de l'ascèse, d'une technique de réflexion et de recherche, d'une mnémotechnique, d'une technique pédagogique, d'une technique de la domination politique et hiéocratique, d'une technique de la guerre, d'une technique musicale (d'un virtuose, par exemple), de la technique d'un statuaire ou d'un peintre, d'une technique juridique, etc., toutes étant d'ailleurs susceptibles d'un degré

pourrait distinguer : les techniques individuelles, les techniques sociales, les techniques intellectuelles, les techniques du réel, pour ne retenir que ces dernières dans la sphère du brevetable : techniques « qui ont pour objet la modification du monde extérieur immédiat, qu'il relève de la nature organique ou inorganique »⁴⁰.

Derrière cette exigence de « technique », la question est, plus clairement, de savoir ce qu'on entend par « invention », de l'isolement d'une séquence génétique à la mise en œuvre d'une méthode par ordinateur. Le débat sur la « propriété scientifique »⁴¹ ne ressurgit pas explicitement et pourtant, toute la question est là : que *veut-on* considérer comme invention ?

II. La vie du brevet

La détermination de la sphère de réservation s'effectue par l'examen des spécificités du brevet d'invention en matière de contrefaçon, ainsi que par sa relation avec le droit d'auteur.

A. La contrefaçon d'un brevet concernant un programme d'ordinateur.

Écartons d'emblée le cas particulier de la contrefaçon partielle⁴² (dont l'existence est affirmée par la Cour de cassation et majoritairement rejetée en doctrine), qui n'a aucune raison d'exister en cette matière : celui qui a breveté la combinaison A+B+C où A est un programme ne pourra réclamer la protection du seul A, car ce serait rechercher la protection du programme en tant que tel.

Aux actes classiquement interdits (1) viendra s'ajouter une nécessaire adaptation de la théorie des équivalents (2), traditionnelle en droit des brevets.

de rationalité extrêmement variable. » *Économie et société*, Paris, Plon, 1971, p.63. Dr. Swen Kiesewetter-Köbinger ajoute, à la suite d'une liste analogue, et non sans humour: « Even with reference the sexual act one speaks occasionally of special techniques. », *On the patent Examination of Programs for Computers*, <http://swpat.ffii.org/treffen/2001/bundestag/kiesew/index.de.html>

40 F. Von Gottl-Ottlilienfeld, *Économie et technique*, 1914, in *Précis d'économie sociale*, cité par J.-Y. Goffi, *La philosophie de la technique*, Que sais-je?, PUF, Paris, 1996, p.23.

41 « Comment admettre qu'on puisse obtenir un titre de privilège pour une simple application industrielle, alors que la découverte de lois scientifiques de premier ordre, qui commandent peut-être toute une série d'applications, ne créerait aucun droit pour le savant ? Celui-ci livre gratuitement l'objet de son travail, cependant le plus méritoire, alors que la société ne semble attacher d'importance qu'au travail terre à terre de l'inventeur, parce qu'il se préoccupe plus immédiatement de la satisfaction des besoins humains. » Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Tome 1 p.55, Recueil Sirey, Toulouse 1952. et les nombreuses références citées (le débat est ancien). V. aussi P.B. de Laat, "Patenting mathematical algorithms : What's the harm ?", *International Review of Law and Economics*, n° 20 (2000) pp. 187-204.

42 qui consiste à protéger une partie isolée d'une invention revendiquée dans son ensemble.

1. Les actes interdits.

a) Les prérogatives du breveté.

Dans une logique de revendication de produit, le brevet permet à celui qui en est titulaire d'en interdire la fabrication, l'utilisation et la mise dans le commerce (art. L 613-3 du CPI⁴³). La notion est entendue largement : « la mise dans le commerce doit être définie comme toute opération matérielle tendant à mettre un produit en circulation, quelle que soit la qualité dans laquelle l'auteur de cette opération l'a effectuée »⁴⁴.

Lorsque c'est un procédé qui est revendiqué, toute utilisation est prohibée sans autorisation du propriétaire du brevet ; et l'interdiction s'étend au produit résultant du procédé.

Mais les droits du breveté souffrent des exceptions : Article L. 613-5 : « Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas :

a - aux actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales ;

b - aux actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée. »

Pour faire interdire de tels actes (par le juge), il faudra préalablement que le défendeur n'ait pas réussi à faire annuler le brevet en cause. On peut simplement noter ici qu'étant donné le degré de technicité en cause, le juge dispose en réalité d' « un pouvoir quasi discrétionnaire de décision (qu'en termes optimistes on peut baptiser pouvoir d'équité) »⁴⁵...

b) L'annulation du brevet par le défendeur

Le premier moyen d'annulation que le défendeur devra envisager est celui du défaut de nouveauté et d'activité inventive (*v. supra*).

Comme nous l'avons vu, l'OEB interprète les revendications dans leur ensemble pour déterminer si leur objet est « technique ». Il nous semble que le défendeur pourra chercher à prouver que le seul aspect innovant de l'ensemble est un programme d'ordinateur ; et que, par conséquent, le breveté, demandeur à l'instance, recherche la protection d'un programme en tant que tel.

43 « Sont interdites, à défaut de consentement du propriétaire du brevet :

a - La fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit objet du brevet ;

b - L'utilisation d'un procédé objet du brevet ou, lorsque le tiers sait ou lorsque les circonstances rendent évident que l'utilisation du procédé est interdite sans le consentement du propriétaire du brevet, l'offre de son utilisation sur le territoire français ;

c - L'offre, la mise dans le commerce ou l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit obtenu directement par le procédé objet du brevet. »

44 Paris, 3 déc. 1985 : PIBD 1986, 388, III, 130

45 J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, Coll. Thémis, éd. PUF, 1991, p. 168.

Les actes interdits ne concernent pas uniquement l'utilisation du procédé ou produit *stricto sensu*, un équivalent sera aussi considéré comme contrefaisant.

2.L'indéfinissable « moyen logiciel » équivalent

a)La définition d'une fonction technique équivalente

La théorie des équivalents permet d'interdire l'utilisation de moyens *équivalents* à ceux qui sont brevetés, c'est-à-dire un moyen de forme différente mais qui remplit la même fonction en vue de parvenir à un résultat identique. La fonction, en droit des brevets, se définit comme l'ensemble des « effets premiers » réalisés par l'exécution du procédé ou du produit.

L'équivalent sera alors ce qui permettra d'obtenir le même effet technique grâce à un moyen de forme, de structure différentes. À l'évidence, le domaine revendiqué peut être très large.⁴⁶

b)Un brevet de résultat

Le moyen serait une méthode, la description, l'implémentation de l'algorithme. Déjà « la distinction du résultat et de la fonction technique du moyen [était] hérissée de difficultés »⁴⁷ lorsqu'on traitait d'inventions mécaniques ; protéger par brevet la fonction technique d'un programme d'ordinateur reviendrait à permettre la réservation du résultat lui-même. Et breveter un résultat est traditionnellement prohibé en droit français.

Dans le domaine du logiciel, on pourra s'en remettre à la sagesse du juge, qui débouterà le breveté arguant de l'utilisation d'un moyen équivalent au sien. Mais le choix de rejeter en bloc un pan entier de la doctrine classique du droit des brevets nous apparaît devoir peser sur le législateur plutôt que sur le juge.

Ainsi, on peut arriver à une situation quelque peu absurde où, lorsque le brevet est accordé pour une invention constituée par l'ensemble matériel et logiciel, « substituer un logiciel nouveau au logiciel qui aurait permis d'obtenir le brevet pourrait être considéré comme une contrefaçon par équivalent, fournir un tel logiciel (le commercialiser et l'offrir au public) pourrait devenir un acte de contrefaçon par fourniture de moyen »⁴⁸. Le logiciel faisant fonctionner un matériel donné (on songe au pilote de périphérique) ne pourra être reproduit pour que ce matériel fonctionne, par exemple, pour un autre système informatique. Ce qui n'est pas sans difficultés lorsqu'on étudie les

46 British Telecom tente ainsi de faire appliquer son brevet portant –prétendument- sur les liens hypertextes en interprétant le texte de ce brevet par le biais des équivalents : « blocks of information » serait tout fichier html, une « complete adress » représenterait toute URL internet.

47 Roubier, Droit de la propriété industrielle, Recueil Sirey, Paris 1954, p.82

48 M.Vivant *et alii*, Lamy Droit de l'Informatique 2001 p. 109, n° 192.

règles relatives au droit d'auteur, notamment la garantie d'une possible interopérabilité entre systèmes informatiques.

B. Vers un cumul de protection

Le brevet protégerait les principes sous-jacent d'un programme, dont l'écriture -la mise en forme- est protégée par le droit d'auteur. La mise en œuvre du principe est loin d'être aisée. La coexistence, c'est-à-dire la définition de deux objets de droit différents, apparaît impossible à mettre en œuvre en pratique. C'est pourquoi le système de cumul de protection est le seul envisageable⁴⁹.

1. Droit d'auteur et protection de l'idée

Côté droit d'auteur, le logiciel est assimilé à une œuvre littéraire. C'est la forme qui est protégée, ce qui inclut la structure de l'œuvre.

a) Une protection de la seule forme

Le principe du droit d'auteur est de ne protéger que la forme d'expression d'une œuvre, et non l'idée sous-jacente. Concernant le logiciel, la protection concerne évidemment le code source, mais aussi le code objet, bien que sa forme soit volatile et dépende notamment de l'architecture matérielle sur laquelle le source est compilé.

Bien sûr cette forme doit être originale, c'est-à-dire que le programmeur doit avoir eu des choix dans l'écriture du programme : avoir fourni un « effort intellectuel personnalisé ». Les critères retenus par les juges pour caractériser l'originalité d'un logiciel peuvent se rapprocher de ceux utilisés pour évaluer l'activité inventive d'une invention (v. *supra*).

b) Une protection de la structure

L'exclusion des idées de la protection par la propriété littéraire et artistique est de principe, mais -une fois de plus- la limite est difficile à tracer : « Il est impossible de fixer une limite précise à laquelle s'arrête la contrefaçon punissable, à laquelle commence le plagiat toléré. »⁵⁰.

Le critère de la composition, formulé par Desbois, permet de protéger « le développement de l'idée générale »⁵¹, par exemple le plan, l'ordonnancement de l'ouvrage ; en appliquant ce critère

49 « La protection peut être cumulative au sens où un acte impliquant l'exploitation d'un programme particulier peut porter atteinte aux droits d'auteur protégeant le code du programme et à un brevet protégeant les idées et principes sous-jacents à ce programme. », proposition de directive précitée, p. 9.

50 Pouillet, cité par Lucas, *Traité de Droit de la Propriété Intellectuelle*, p. 240.

51 Cité par Lucas, *Ibid.*

au logiciel on songe à la structure interne, l'architecture du programme.

2. Une articulation complexe

Le seul exemple de cumul de protection entre un titre industriel et le droit d'auteur est celui des dessins et modèles industriels. Et le « caractère inséparable ou séparable de la création de forme et de la création technique est une opération fort délicate » en cette matière⁵² ; *a fortiori*, dans le domaine du logiciel, la distinction sera extrêmement épineuse.

a) Des antagonismes entre droit d'auteur et brevet

Il convient ici de souligner que le brevet laisse une plus grande liberté aux tiers que le droit d'auteur, qui ne permet qu'une reproduction à titre de sauvegarde (et non simplement dans un « cadre privé ») et enferme la décompilation (« à titre expérimental ») dans de strictes conditions (l'objectif d'interopérabilité entre systèmes).

De plus, la description d'un algorithme dans une demande de brevet pourrait reprendre la même structure d'écriture que le programme lui-même (un algorithme est une structure). Dans le cas d'un programme écrit avec un langage informatique faiblement typé, où une adéquation structure-écriture existe, retenir la protection de la structure par le droit d'auteur reviendrait à reconnaître que la publication du texte du brevet serait une contrefaçon, voire même la protection de l'algorithme... par le droit d'auteur !

b) Un cumul offrant plus de liberté ?

Des dispositions légales particulières sont évidemment nécessaires pour organiser ce cumul, du type : « les dispositions concernant le droit d'auteur ne portent pas atteinte à celles des brevets, et inversement »

La première partie de cette proposition est énoncée par la Commission : « l'exercice d'un brevet s'appliquant à une invention mise en œuvre par ordinateur ne doit pas interférer avec les exceptions accordées en vertu de la législation sur le droit d'auteur aux concepteurs de logiciels par les dispositions de la directive 91/250/CEE. »⁵³ Autrement dit, la décompilation sera toujours possible.

Et inversement ? Il faudrait ajouter : les dispositions du droit d'auteur ne portent pas non plus atteinte aux exceptions (particulièrement l'exception pour usage privé à des fins non

52 A. Bertrand-Doulat, *Les dessins et modèles*, in *Les créations immatérielles et le droit*, sous la direction de M. Vivant, Ellipses, 1997, p.63.

53 proposition de directive précitée, p.9.

commerciales) du droit des brevets. Mais ce serait rendre sans effet la législation du droit d'auteur spécifique au logiciel : la limitation à la copie de sauvegarde (plus restrictive que la copie privée « classique ») serait alors sans objet pour tout programme breveté !

Conclusion

En l'état actuel des textes, les incohérences du système juridique de protection des logiciels sont flagrantes, tant du point de vue des principes que de leur mise en œuvre. A l'évidence, le droit des brevets a besoin de profondes adaptations si l'on veut faire entrer le programme d'ordinateur dans la sphère de réservation de la propriété industrielle. Dans l'hypothèse d'une réelle volonté politique (que le domaine juridique ne fait finalement que mettre en forme) de mise en œuvre de ces adaptations, il nous semble que le « brevet concernant un programme d'ordinateur » ne sera plus véritablement du brevet tel que nous pouvons l'entendre aujourd'hui (tout comme le droit d'auteur spécifique au logiciel se rapproche plus en réalité d'un droit *sui generis*), mais un titre industriel particulier.

Il reste que, comme nous l'avons vu, ce qui est *valablement* breveté actuellement n'est que la combinaison du matériel et du logiciel, où c'est la partie matérielle qui est nouvelle est inventive.