



**SGCI**  
\*\*\*

Paris, le 15 décembre 2000

PREMIER MINISTRE  
COMITÉ  
INTERMINISTÉRIEL  
POUR LES QUESTIONS  
DE COOPÉRATION  
ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE  
Secrétariat général

**NOTE A L'ATTENTION  
DE LA DG**

**« MARCHÉ INTÉRIEUR »**

2, boulevard Diderot  
75572 Paris CEDEX 12  
Tél : 01 44 87 17 17  
Fax : 01 44 87 12 59

**Objet : Réponse du gouvernement français au document relatif à la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur.**

Les autorités françaises se félicitent de la démarche engagée par la Commission européenne visant à promouvoir une vaste consultation de toutes les parties intéressées sur la question de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur. En effet, cette consultation intervient au moment où se développe, au sein des milieux intéressés comme de l'opinion publique, un débat sur la nature et le champ de la protection des logiciels.

Dans cet esprit, le gouvernement français souhaite que la consultation organisée par la Commission européenne permette de mieux connaître, au plan communautaire, les différents éléments du débat sur la question de la brevetabilité des logiciels, notamment les enjeux économiques et intellectuels.

A ce stade, la réponse de la France au document de consultation de la Direction Générale Marché intérieur s'analyse comme une contribution de nature technique, qui ne préjuge pas de la position qu'adoptera le gouvernement français à l'issue des travaux et réflexions menées sur cette question au plan interne et dans les différentes enceintes internationales.

# Partie technique de la réponse du gouvernement français

au document de la DG “Marché Intérieur”  
relatif à la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur

**Objet :** processus de consultation lancé par la DG Marché intérieur (Commission européenne)

## I. Observations d’ordre général.

Le document de consultation contient deux ambiguïtés qu’il conviendrait de clarifier afin d’éviter toute confusion :

- (a) il devrait être précisé que **le critère de la contribution technique permet de déterminer l’existence d’une invention**, étant entendu que **cette contribution technique doit être non évidente** pour que le critère de l’activité inventive soit rempli;
- (b) **la problématique de la brevetabilité des programmes d’ordinateur devrait être prise en compte dans sa globalité.**

## II. Commentaires sur les différents points.

- i) Le principe : **« Les brevets sont délivrés pour les inventions dans tous les domaines de la technique pour autant qu’elles soient nouvelles, impliquent une activité inventive et soient susceptibles d’application industrielle. Dans ce contexte, une invention mise en œuvre par ordinateur est considérée comme appartenant à un domaine technique. »**

### Commentaires

1. Le principe exposé est la transcription, dans sa première phrase, des dispositions prévues dans l’article 27.1 de l’accord sur les ADPIC. A ce propos, on remarque une divergence en français entre la version du texte ADPIC (« domaine de la technologie ») et celle du texte de la Commission (« domaine de la technique »).

2. Il est assorti du postulat selon lequel une invention mise en œuvre par ordinateur appartient à un domaine technique. Or ce postulat n'est correct que dans l'optique de la définition d'une telle invention, telle que décrite en note 3 du document de la DG Markt.

3. Pour autant, la **définition** apparaît **tronquée** dans la mesure où elle ne couvre que les revendications de **dispositifs** (ordinateurs, réseaux et appareils numériques) et non les revendications de **procédé**, c'est-à-dire les suites d'étapes (ou fonctionnalités) commandées par un ou des programmes d'ordinateur.

(a) On distingue en effet deux catégories de revendications : celle des dispositifs et celle des procédés, tout aussi importantes. C'est pourquoi les revendications de procédé devraient être couvertes par la définition donnée par la Commission ;

(b) Il ne semble pas pour autant possible d'appliquer *mutatis mutandis* aux procédés la définition énoncée concernant les dispositifs. Si tel était le cas, on considérerait tout procédé ayant au moins une étape technique comme une invention. **Cette définition aurait pour conséquence non souhaitable d'élargir la notion européenne de l'invention ;**

(c) A cet égard, une chambre de recours de l'OEB a très récemment confirmé la décision de rejet de revendications **de procédé** inclus dans une demande de brevet européen et visant à protéger un procédé de contrôle de bénéfices pour caisse de retraite mis en œuvre par des moyens informatiques (8 septembre 2000, T0931/95). La chambre confirme que le caractère technique est nécessaire pour considérer l'existence d'une invention : la décision précise qu'une caractéristique d'un procédé qui « *concerne l'utilisation de moyens techniques pour un objet purement non technique et/ou pour traiter des informations purement non techniques **ne confère pas nécessairement un caractère technique** » à un tel procédé .*

4. En outre, **la définition devrait couvrir explicitement les programmes d'ordinateur**, lorsqu'ils présentent un caractère technique, dans la partie relative aux revendications de **dispositifs**. En effet, dans la pratique de l'OEB, un programme d'ordinateur qui possède un effet technique, au-delà de la simple interaction entre le logiciel et le matériel, ou qui résout un problème technique présente un caractère technique suffisant pour le considérer comme une invention. L'effet technique peut être externe à l'ordinateur qui met en œuvre le programme (ex. : la commande d'un processus industriel : procédé permettant d'améliorer la prospection pétrolière), ou interne à

l'ordinateur qui met en œuvre le programme (ex. : amélioration de la qualité d'affichage d'une image).

A l'inverse, un programme d'ordinateur qui n'a aucun caractère technique est un « *programme d'ordinateur en tant que tel* ». Il peut être considéré comme intégrant l'expression physique du code (séries d'instructions). Il ne pourra pas faire l'objet d'une protection par le droit des brevets (cf. § 6 des commentaires du document de la DG Markt).

Une telle différenciation à l'intérieur des revendications de programme est jugée satisfaisante dans la mesure où elle permet d'éviter la délivrance de brevets qui n'auraient aucun caractère technique. Elle s'exprime dans la jurisprudence de l'OEB (cf. décisions *computer program product I* et II, T935/97 et T1173/97).

### **Conclusion des commentaires :**

1. Il conviendrait donc pour les raisons exposées ci-avant de revoir la deuxième phrase du principe en en atténuant le caractère général.

**2. Il serait opportun à ce stade d'entamer une réflexion sur la manière d'apprécier l'existence de l'invention, selon qu'il s'agit d'un procédé ou d'un dispositif.**

**a. en ce qui concerne les dispositifs**, on peut considérer qu'il existe une « invention mise en œuvre par ordinateur » lorsque les revendications concernent des ordinateurs, des réseaux informatiques ou d'autres appareils numériques programmables classiques dans lesquels il apparaît à première vue que le ou les programmes réalisent les caractéristiques de l'invention revendiquée.

**Dans le cas particulier d'un « produit-programme d'ordinateur »**, on peut considérer qu'il existe une « invention mise en œuvre par ordinateur » lorsque les revendications concernent un programme d'ordinateur qui produit un effet technique et/ou résout un problème technique, lorsqu'il est mis en œuvre par un ordinateur.

**b. en ce qui concerne les procédés**, on pourra en principe considérer qu'il existe une « invention mise en œuvre par ordinateur » lorsque les revendications concernent des procédés dans lesquels il apparaît à première vue que les caractéristiques de l'invention revendiquée sont réalisées grâce à un programme ou à plusieurs programmes. Lorsqu'elles concernent l'utilisation de moyens techniques pour un objet purement non technique et/ou pour traiter des informations purement non techniques, de telles caractéristiques **ne confèrent pas en elles-mêmes un caractère technique** à un tel procédé.

- ii) La complémentarité de la protection par les brevets et par le droit d'auteur : « **La protection par brevet d'une invention mise en œuvre par ordinateur ne s'étend pas à l'expression d'un programme d'ordinateur basé sur cette invention, dans le code source ou le code objet ni dans une quelconque autre forme.** »

### Commentaires

1. Le droit d'auteur couvre les créations intellectuelles. Il protège n'importe quelle forme d'expression originale et, en l'occurrence, n'importe quelle série d'instructions rédigée par l'auteur-programmateur, en code source ou en code objet, et ce quelle que soit la nature du programme d'ordinateur (que celui-ci présente un caractère technique ou non ou, en d'autres termes, qu'il s'agisse d'une invention ou non). Cette protection vise notamment à interdire la copie de ladite forme d'expression (cf. article 4 de la directive 91/250/CEE).

2. Il est préférable de s'en tenir à cette seule exclusion sans définir, à ce stade, ce qui est précisément protégé par le droit des brevets. Ce sont les autres dispositions de la directive qui permettront de répondre de la manière la plus précise et la plus équilibrée possible à cette question essentielle.

3. Ainsi, ce qui n'est pas couvert par la protection existante par le droit de la propriété littéraire et artistique **peut** l'être par le droit des brevets **lorsque l'objet visé est une invention qui remplit les trois critères de la brevetabilité, à savoir la nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle.**

### **Conclusion des commentaires :**

En ce qui concerne l'étendue de la protection, il serait souhaitable, afin d'éviter toute confusion, de reformuler cette exclusion à la brevetabilité de la façon suivante : « **Le code source ou le code objet ou une quelconque autre forme est protégé par le droit d'auteur** ».

- iii) Le critère de la contribution technique non évidente : « **Pour impliquer une activité inventive, une invention mise en œuvre par ordinateur**

***doit apporter à l'état de la technique une contribution technique qui, compte tenu de celui-ci, n'est pas évidente pour un homme du métier. »***

## Commentaires

1. Une question préalable se pose : le postulat de la DG Markt est bon, mais il demande à être précisé en ce sens que la jurisprudence de l'OEB (citée dans le document) considère à juste titre que seule l'existence d'une contribution technique permet de déterminer au préalable si la demande de brevet porte sur une invention.

2. En droit des brevets « *une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique* » (L.611-14 du code). Ce critère s'applique bien évidemment aux inventions mises en œuvre par ordinateur, comme le rappelle le point (vii). Ce point (iii) rappelle la nécessité, pour les inventions mises en œuvre par ordinateur comme pour toutes les autres inventions, de **remplir la condition de la contribution technique non évidente.**

3. La jurisprudence de l'OEB des quinze dernières années a développé un certain nombre de critères permettant, selon cet office, de déterminer l'existence de la contribution technique. Ces critères sont les suivants :

### **(a) le problème résolu par l'invention revendiquée est technique**

Exemple : la jurisprudence « *Réseaux de processeurs de données* » (T6/83, publiée en 1990). La chambre a estimé que doit être considérée comme résolvant un *problème essentiellement technique* une invention ayant pour objet la coordination et le contrôle de la communication interne entre des programmes et des fichiers de données tenus par différents processeurs dans un système de traitement de données comprenant une pluralité de processeurs de données interconnectés dans un réseau de télécommunication, et dont les caractéristiques n'ont pas de lien avec la nature des données et la façon dont un programme d'application particulier les traite.

### **(b) les moyens, c'est-à-dire les caractéristiques techniques, qui constituent la solution au problème sont techniques**

Exemple : la jurisprudence « *Document présenté sous une version susceptible d'être éditée* » (T110/90, publiée en 1994). La chambre a estimé que : les codes de commande (par ex. les codes de commande d'imprimante) figurant dans un texte présenté sous forme de données

numériques sont caractéristiques du système de traitement de texte auquel ils appartiennent, en ce sens qu'ils sont caractéristiques du fonctionnement technique interne de ce système. Il en résulte que ces codes doivent être considérés comme des *caractéristiques techniques* du système de traitement de texte auquel ils appartiennent. En conséquence, la transformation de codes de commande qui constituent des caractéristiques techniques d'un système de traitement de texte en d'autres codes de commande appartenant à un autre système de traitement de texte constitue une invention.

### **(c) les effets obtenus par la solution du problème sont techniques**

Exemple : la jurisprudence « *Méthode pour la rotation interactive d'objets graphiques affichés* » (T59/93, publiée en 1994). La chambre a estimé que : le fonctionnement d'un système, dans son fonctionnement sous la commande d'un programme d'ordinateur apportent des effets qui doivent être considérés comme techniques, et de ce fait, résoudre un problème. Permettre à l'utilisateur, par lesdits effets, de réaliser un contrôle plus fin de la rotation remplit l'exigence du caractère technique d'une invention.

L'invention peut répondre à ces trois critères à la fois. Cependant, il suffit que l'un de ces trois critères soit rempli pour qu'il y ait une contribution technique. Ainsi, par exemple, une solution de remplacement à un problème technique déjà résolu, ou encore une solution de remplacement pour la réalisation d'un effet technique déjà connu, peut représenter une telle contribution technique.

### **Conclusion des commentaires :**

1. **Il serait souhaitable de développer le point (iii) en précisant que l'existence d'une contribution technique est nécessaire pour déterminer que la demande de brevet porte sur une invention.**
2. Cette précision permettrait d'aboutir au résultat pratique suivant : (a) examen du critère de contribution technique pour déterminer l'existence d'une invention, (b) vérification que cette contribution technique est non évidente pour un homme du métier afin de déterminer s'il y a activité inventive ou non. **Cette solution permet de filtrer dès le début de la procédure les demandes de brevets dont l'objet n'est pas considéré comme une invention.**

- iv) Le critère des « considérations techniques » : **« Il y a contribution technique lorsque, par exemple, des aspects techniques doivent**

**être pris en considération pour aboutir à l'invention mise en œuvre par ordinateur et faisant l'objet d'une demande de brevet. L'invention revendiquée doit présenter des caractéristiques issues de ces considérations techniques. »**

### Commentaires

**1. La question se pose quant à l'opportunité d'inclure les considérations techniques<sup>1</sup> comme un critère permettant de déterminer la contribution technique dans la mesure où ce critère, à la différence des trois précédents, ne se fonde sur aucun élément matériel concret permettant d'apprécier le caractère technique de l'invention.**

2. S'il était retenu, ce critère devrait être intégré dans le point iii) (cf. commentaires 3) car il ne peut constituer un critère indépendant des trois autres permettant de déterminer la contribution technique.

Dans la décision *Sohei* (système de gestion universel, Chambre de recours OEB, T769/92, publiée en 1994), la demande avait été rejetée car elle concernait un programme d'ordinateur en tant que tel. La chambre a estimé que si la réalisation de l'invention fait nécessairement intervenir des considérations techniques portant sur certains éléments de la solution du problème résolu par l'invention, celle-ci n'est pas exclue de la brevetabilité selon l'article 52. Elle a indiqué que le fait même que ces considérations techniques sont nécessaires montre qu'il existe un problème technique que les caractéristiques techniques (implicites) de l'invention doivent permettre de résoudre.

### **Conclusion des commentaires :**

**1. Il n'est pas opportun, à ce stade, de retenir le critère des considérations techniques pour déterminer l'existence d'une contribution technique.**

2. Toutefois, s'il devait être retenu, ce critère devrait être inclus dans le point (iii), conformément au commentaire fait précédemment.

v) Evaluation des caractéristiques techniques et non techniques – conséquences sur les méthodes pour l'exercice d'activités

---

<sup>1</sup> Selon la jurisprudence *Sohei*, les « considérations techniques » sont entendues comme étant la compréhension des aspects techniques du problème et de son environnement : « une invention comportant des caractéristiques fonctionnelles mises en œuvre par un logiciel n'est pas exclue de la brevetabilité (...) si la réalisation de l'invention fait nécessairement intervenir des considérations techniques portant sur certains éléments de la solution du problème résolu par l'invention ».

économiques (« *business methods* »): « **Pour déterminer sa contribution technique faite par une invention, celle-ci doit être évaluée dans sa totalité. Elle peut consister en une combinaison de caractéristiques techniques mais seules les caractéristiques techniques sont prises en compte pour déterminer la contribution technique. Lorsque cette contribution réside uniquement en des caractéristiques non techniques, l'invention n'est pas considérée comme impliquant une activité inventive.** »

### Commentaire

1. Ce point vise à clarifier l'application des critères de brevetabilité aux méthodes commerciales ("*business methods*"). L'article L.611-10 CPI, tout comme l'article 52 CBE, prévoient qu'une méthode dans l'exercice d'activités intellectuelles (...) dans le domaine des activités économiques en tant que telle n'est pas une invention.

2. Dans la mesure où de telles méthodes peuvent être mises en œuvre par ordinateur, la DG Markt a cherché à définir le cadre juridique applicable sur ce point précis en se penchant tout d'abord sur la brevetabilité (1), et, si ce critère était rempli, aux limites à apporter à l'exercice du droit des brevets (2).

#### **(a) la brevetabilité**

Comme nous l'avons vu précédemment, une invention mise en œuvre par ordinateur peut être jugée brevetable, même si son application concerne un domaine non technique visé à l'article 52(2) CBE, car la présence de ces caractéristiques non techniques n'exclut pas a priori l'existence d'une contribution technique.

Pour déterminer ladite contribution, on procède de la façon suivante :

α) l'invention revendiquée est examinée dans sa totalité : on doit recenser toutes les caractéristiques énoncées dans la revendication, qu'elles soient techniques ou non,

β) ensuite, seules les caractéristiques n'appartenant pas à l'état de la technique sont prises en compte, car seules elles impliquent une « *contribution* ». Cette contribution à l'état de la technique peut résider en des caractéristiques non techniques (commerciales par exemple), auquel cas il n'y a pas invention, ou en une combinaison de caractéristiques techniques et non techniques.

χ) dans le cas où la contribution à l'état de la technique comporte à la fois des caractéristiques techniques et non techniques, **on ne considère que ces caractéristiques techniques pour déterminer si la contribution technique est évidente pour l'homme du métier.**

#### **(b) l'exercice du droit des brevets (étendue de la protection)**

Il convient de rappeler que les revendications, interprétées à la lumière de la description et des dessins, définissent l'objet de la protection sur lequel est conféré le droit exclusif d'exploitation. D'après le document de la DG Markt, à l'issue de cette démarche détaillée, la caractéristique commerciale n'est pas monopolisée par le brevet. Ainsi, le titulaire d'un tel brevet ne peut pas engager avec succès une action en contrefaçon contre un tiers qui n'utilise que les caractéristiques commerciales.

### **Conclusion des commentaires :**

1. Au vu de ces considérations, on ne peut qu'observer que les solutions prévues aux points (i) et (iii) répondent au problème soulevé en matière de brevetabilité des méthodes commerciales. En particulier, **les méthodes commerciales ne pourront pas être considérées comme une invention, en l'absence de toute contribution technique.**
  2. En conséquence, il apparaît que ce point risque d'apporter une certaine confusion au niveau de l'appréciation de l'invention dans ce domaine en laissant entendre qu'une exception existe en matière de méthodes commerciales. **Il est donc préférable de ne pas insister, à ce stade, sur le point v).**
- vi) Types de revendications possibles : « ***Une invention mise en œuvre par ordinateur peut être revendiquée en tant que produit, c'est-à-dire l'ordinateur programmé ou en tant que procédé, c'est-à-dire le processus exécuté par l'ordinateur programmé.*** »

### Commentaires

Ce type de revendication est admis depuis longtemps. Ce commentaire doit être relié à celui relatif au point i), notamment en ce qui concerne les revendications de « *produit-programme d'ordinateur* » qui devraient y figurer.

### **Conclusion des commentaires :**

Ce point peut donc être inséré dans le point (i).

- vii) Le droit des brevets comme base de protection continue : « ***Au-delà des dispositions d'une directive quelconque, les prescriptions juridiques de forme et de fond des législations européennes sur***

***les brevets continuent d'être à la base de la protection juridique des inventions mises en œuvre par ordinateur. »***

### Commentaires

**1. Il est certain que l'on ne doit pas réserver de sort différent aux inventions selon qu'elles sont ou non mises en œuvre par ordinateur.** Toutes les prescriptions applicables en droit de brevets continueront à s'appliquer pour les inventions mises en œuvre par ordinateur. Ainsi, en dehors des dispositions explicites contenues dans la future directive relative à l'harmonisation des législations nationales en matière de brevetabilité des logiciels, le droit des brevets devra s'appliquer pleinement, ainsi que les règles de la concurrence pertinentes.

2. Notamment, comme l'indique le document de la DG Markt, il convient de rappeler certains principes essentiels du droit des brevets, tels que :

- un brevet peut être déclaré nul par décision de justice s'il n'expose pas l'invention de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter (cf. publication de la demande de brevet, article L.612-21 CPI et étendue de la protection conférée par le brevet, article L.613-2 CPI).
- les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas aux actes accomplis à titre expérimental qui portent sur l'objet de l'invention brevetée (article L.613-5 CPI).
- lorsqu'un perfectionnement a été développé en se fondant sur un programme faisant l'objet d'un brevet antérieur, il peut, aux fins d'exploitation, faire l'objet soit d'une licence volontaire de la part du titulaire du brevet antérieur (article L.613-8 CPI), soit, dans le cas où le titulaire du brevet ne veut pas concéder de licence volontaire, une licence obligatoire de dépendance, accordée par décision de justice (article L.613-15 CPI). Dans ce dernier cas, des licences croisées peuvent être concédées (article L.613-15 CPI).

### **Conclusion des commentaires :**

Le principe du point (vii) est acceptable. Il serait toutefois souhaitable de clarifier sa rédaction.