



Paris, le 13 juillet 2001

**RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTÉRIEL
"QUELLES PROTECTIONS POUR LES LOGICIELS ?"**

Table des Matières

INTRODUCTION.....	3
1. LES GRANDES CARACTERISTIQUES DES MARCHES DE LOGICIELS EN EUROPE.....	4
1.1. Le marché des logiciels d'infrastructure et d'application.....	4
1.2. Le marché des logiciels embarqués.....	4
1.3. Le marché des services informatiques.....	5
2. ANALYSE DES AUDITIONS.....	6
2.1. Droit d'auteur et brevet.....	6
2.2. La jurisprudence et la pratique de l'OEB (Office Européen des Brevets) en matière de logiciels ...	7
2.3. Les positions des acteurs par rapport au brevet d'inventions logicielles.....	8
2.3.1. Industriels.....	9
2.3.2. Universitaires et chercheurs.....	11
2.4. Les adaptations spécifiques à mettre en œuvre dans le cadre du droit des brevets. Opinions quant à la création d' un droit sui generis.....	12
2.5. "Business Methods " et logiciel.....	13
2.5.1. Jurisprudence de l'OEB.....	13
2.5.2. Positions exprimées.....	14
2.6. La protection du logiciel et des "business methods" en Europe et aux Etats-Unis.....	14
2.6.1. Droit et pratique du droit aux Etats-Unis.....	14
2.6.2. La stratégie des entreprises.....	16
2.6.3. La question d'un alignement des pratiques.....	17
3. PISTES DE REFLEXION/RECOMMANDATIONS.....	19
<i>Annexe 1</i>	21
<i>Annexe 2</i>	22
<i>Annexe 3</i>	24

Conformément à l'usage, la rédaction du rapport engage la seule responsabilité des membres du groupe de travail et ne saurait impliquer celle des personnes entendues ou de leurs mandants, que ce soit à titre individuel ou collectif.

INTRODUCTION

L'objectif du présent rapport est de fournir au Gouvernement les éléments d'analyse prospective permettant d'apprécier les enjeux économiques, industriels, nationaux et européens soulevés par la question de la protection des logiciels. Le rapport a été préparé par un groupe de travail interministériel animé par la Direction Générale de l'Industrie, des Postes et des Technologies de l'Information (DiGITIP) et comprenant des représentants des départements ministériels et établissements publics concernés (Justice, Culture et Communication, Recherche, Conseil Général des Mines, Conseil Général des Technologies de l'Information, Institut National de la Propriété Industrielle – voir la composition du groupe en **annexe 1**).

Sur la base d'un questionnaire (**annexe 2**), le groupe a procédé par audition de représentants des différents intérêts en jeu ainsi que de personnalités qualifiées. Le groupe de travail a réalisé vingt trois auditions en vue d'une représentation aussi complète que possible des enjeux de la protection des logiciels: Industriels et prestataires de services associés (dont des éditeurs de logiciels d'infrastructure, de progiciels génériques, de logiciels d'applications de nature diverse, représentant des entreprises de tailles et de maturités différentes, et SSII), une société de conseil aux PME et un fonds de capital-risque, des associations professionnelles et des réseaux technologiques, des établissements d'enseignement et/ou de recherche, des universitaires (juristes, économistes, techniciens) et des magistrats. La liste des auditions figure en **annexe 3**.

Les différents éléments d'analyse tirés des auditions s'articulent autour des thèmes suivants:

- Droit d'auteur et brevet
- La pratique de l'Office Européen des Brevets (OEB) en matière de logiciels
- Les positions des acteurs par rapport au brevet d'inventions logicielles:
 - Industriels
 - Universitaires et chercheurs
- Les adaptations spécifiques à mettre en œuvre dans le cadre du droit des brevets. Opinions quant à la création d'un droit *sui generis*
- *Business Methods*¹ et logiciel
- La protection du logiciel et des *business methods* en Europe et aux Etats-Unis
 - Droit et pratique du droit aux Etats-Unis
 - La stratégie des entreprises
 - La question d'un alignement des pratiques

Sur chaque thème, les opinions présentées au groupe de travail par les personnalités et entreprises entendues font ci-après l'objet d'une synthèse. On rappellera d'abord brièvement les grandes caractéristiques des marchés de logiciels en Europe, puis dans la problématique de la protection de la propriété intellectuelle, les spécificités du logiciel par rapport aux autres domaines de la technologie.

A la lumière des analyses, le rapport propose enfin plusieurs pistes de réflexion et recommandations ayant rencontré le consensus du groupe de travail, en vue de clarifier la situation de la protection du logiciel sur un plan communautaire.

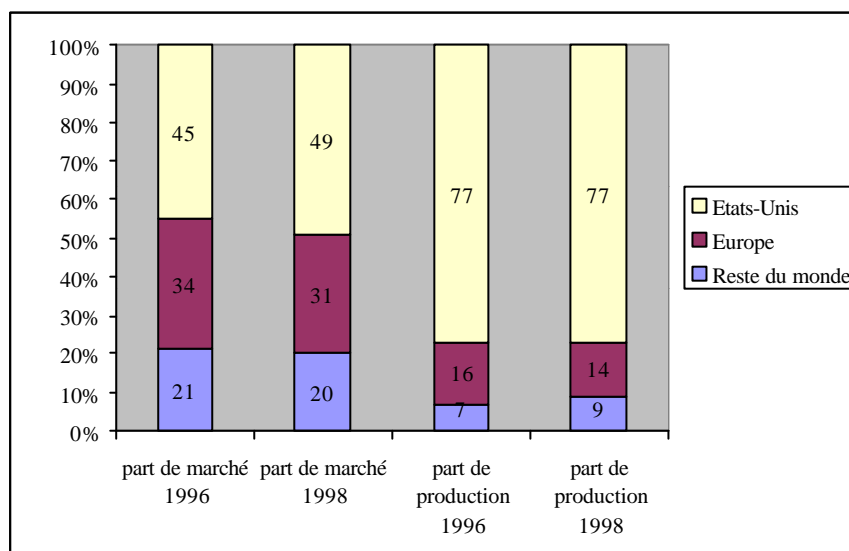
¹ Terme souvent traduit de manière incorrecte par "Méthodes commerciales", qui comprend les méthodes dans le domaine des activités économiques.

1. LES GRANDES CARACTERISTIQUES DES MARCHES DE LOGICIELS EN EUROPE²

A L'EXCEPTION DES LOGICIELS EMBARQUES, LA DOMINATION DES ETATS-UNIS S'EST AMPLIFIEE.

1.1. Le marché des logiciels d'infrastructure et d'application

Le secteur du logiciel (en dehors du logiciel "embarqué"³) inclut la réalisation de logiciels d'infrastructure (exemple: systèmes d'exploitation, systèmes de gestion de bases de données) et d'application (exemples: traitements de texte, logiciels de gestion, de jeux etc.) . Ces activités représentaient un chiffre d'affaires de 127 Mrds d'Euros en 1998, dont un tiers réalisé en Europe. Entre 1996 et 1998, le marché européen ainsi que son niveau de production se sont réduits en pourcentage : la domination des sociétés des Etats-Unis s'est amplifiée pendant cette période. Ainsi, parmi les 20 premières sociétés au niveau mondial, on comptait en 1996 seulement deux sociétés européennes et une seule en 1998 (l'Allemand SAP). Pour cette même année, les deux premières sociétés du secteur étaient Microsoft (EURO 12,36 Mrds) et IBM (EURO 12 Mrds).



Les marchés mondiaux du logiciel (1996, 1998), hors logiciel "embarqué"

1.2. Le marché des logiciels embarqués

Sur le marché des logiciels embarqués, la position de l'Europe apparaît nettement plus forte. Il est difficile de quantifier l'ensemble des marchés correspondants en termes de chiffre d'affaires, puisque les logiciels embarqués sont inclus dans des produits complets. Cependant, les estimations qu'on peut réaliser (entre EURO 30 et 50 Mrds) témoignent de l'importance cruciale des marchés de logiciels embarqués en Europe. Il convient d'ajouter que leur croissance continuera à être très vigoureuse, poussée notamment par

² D'après une étude réalisée par Booz Allen Hamilton en mars 2000.

³ Ces logiciels sont "enfouis" dans des systèmes, des téléphones portables aux ascenseurs.

l'électronique grand public et en particulier, la téléphonie mobile. La position solide de l'Europe sur ces marchés se caractérise par un volume de production légèrement inférieur à celui enregistré aux Etats-Unis mais par une croissance supérieure (environ 17% de 1995 à 1998).

1.3. Le marché des services informatiques

L'Europe dispose d'un marché des services informatiques en forte croissance. A environ EURO 91 Mrds, le marché européen des services informatiques est plus de deux fois plus important que le marché du logiciel, et son taux de croissance annuel de 10% en fait un des secteurs clé pour la croissance dans le secteur des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication (NTIC).

Cependant, l'Europe est en retrait par rapport aux marchés japonais et américains, en volume et en croissance : le marché des Etats-Unis est deux fois plus important et croît deux fois plus vite. Parmi les offreurs, 10 sociétés des Etats-Unis sont situées parmi les 20 premières sur le marché européen.

2. ANALYSE DES AUDITIONS

A titre introductif, il convient de rappeler les spécificités du logiciel par rapport aux autres domaines de la technologie. Sur le plan de la propriété intellectuelle, il relève du droit d'auteur mais aussi du brevet (voir ci-après dans quelles conditions). Sur le plan technique, il couvre une gamme variée de fonctions, depuis l'expression d'algorithmes mathématiques au champ d'application potentiellement large (exemples: compression de données, gestion de files d'attente, filtrage d'information) jusqu'à la commande de dispositifs matériels bien délimités (logiciels "embarqués", par exemple destinés au guidage d'un missile).

Sur le plan économique, le logiciel est utilisé dans la très grande majorité des secteurs d'activité. La production de logiciels est caractérisée par des rendements d'échelle croissants (coût marginal de production d'une unité supplémentaire quasi nul) et des phénomènes d'externalités de réseau telles qu'on les rencontre pour le téléphone (l'utilité d'un logiciel croît avec le nombre de ses consommateurs). Le cumul de ces deux effets peut conduire à la concentration des marchés sur un petit nombre d'acteurs de grande taille.

2.1. Droit d'auteur et brevet

Dans la mesure où il est stocké sous forme numérique, il est très facile de reproduire un logiciel à l'identique et à coût pratiquement nul. De l'avis général, le droit d'auteur est un outil efficace pour lutter contre ce type de piratage (la copie servile). Sous réserve qu'elle soit originale, le droit d'auteur protège en effet n'importe quelle forme d'expression et, appliqué aux logiciels, il protège n'importe quelle série d'instructions rédigée par le programmeur-auteur, en code source ou en code objet, contre la copie, c'est-à-dire la reproduction de l'essentiel du programme, révélée par une comparaison ligne à ligne du code. En outre, la jurisprudence interprète de façon relativement large l'objet de la protection en l'étendant à l'"architecture globale" du logiciel. Le droit d'auteur est commode par son absence de formalisme et son efficacité automatique au niveau international; son acquisition n'est pas coûteuse.

En revanche, le droit d'auteur ne protège pas la substance de l'innovation, laquelle réside dans les fonctionnalités ou les moyens fonctionnels du logiciel qui procurent le résultat recherché. C'est ce qui conduit de nombreuses personnes entendues à considérer la protection conférée par le droit d'auteur comme très insuffisante et à demander une protection plus appropriée, cumulable avec le droit d'auteur : celle du brevet qui, seule, dépasse la forme pour s'étendre au concept inventif. Du point de vue de ces utilisateurs, le domaine des logiciels n'a aucune spécificité qui justifie qu'on lui refuse la protection du brevet dans les conditions du droit commun (application des trois critères de la brevetabilité: nouveauté, activité inventive et application industrielle) et il n'y a pas lieu de discriminer entre les inventions de logiciel et celles des autres domaines, ce qui serait d'ailleurs très difficile à réaliser en pratique.

Il est également souligné qu'un concurrent peut reproduire un logiciel d'origine et l'adapter (même avec une décompilation très intégrée) pour en développer une œuvre dérivée sur laquelle il est très difficile d'agir en matière de droit d'auteur car la forme d'expression du programme est différente. C'est la principale faiblesse du droit d'auteur en matière d'œuvre dérivée. Portant sur une innovation technique, le brevet permet de poursuivre cette contrefaçon "intelligente".

La majorité des utilisateurs et les spécialistes de propriété industrielle indiquent que le droit d'auteur et le brevet sont plus complémentaires que concurrents dans la mesure où la protection du logiciel par le droit d'auteur, est par exemple bien adaptée à la lutte contre le piratage. De plus, la coexistence du droit d'auteur et du droit des brevets n'est pas sans créer des difficultés d'articulation entre les deux droits : le brevet prévoit une exception qui autorise l'expérimentation à des fins de recherche alors que cette possibilité est fermée par le droit d'auteur, qui devrait donc être réformé sur ce point.

Il a également été rappelé que, lorsque la question de la protection des programmes d'ordinateurs s'est posée en Europe au moment de l'élaboration de la Convention de Munich sur le brevet européen, la protection par le brevet n'a pas été récusée dans son principe : l'exclusion de la brevetabilité des programmes d'ordinateurs "en tant que tels" a été décidée pour des raisons politiques (pour lutter contre la suprématie de l'industrie américaine dans ce domaine à l'époque) et pratiques (l'impossibilité pour l'examineur de distinguer, à l'époque, le logiciel du matériel, qui étaient commercialisés de manière indissociable et sans qu'il existe une documentation suffisante accessible).

Il convient enfin de noter que les auditions ont montré que, si le droit d'auteur et la protection qu'il confère sont relativement bien connus des milieux intéressés, de nombreux acteurs parmi les PME et le monde de la recherche connaissent très mal le système du brevet. La situation actuelle est très généralement perçue comme manquant de transparence et génératrice d'une insécurité juridique préjudiciable à l'ensemble des parties, surtout pour les PME. Beaucoup d'entre-elles comprennent l'exclusion des programmes d'ordinateurs prévue à l'article 52 CBE (Convention sur le Brevet Européen) comme étant une interdiction de la brevetabilité des logiciels, les logiciels étant de leur point de vue protégés par le seul droit d'auteur, alors que les grandes entreprises, bien au fait de la pratique de l'OEB, recourent largement au brevet pour protéger leurs inventions de logiciel.

2.2. La jurisprudence et la pratique de l'OEB (Office Européen des Brevets) en matière de logiciels

Conformément à l'article 52(1) CBE, les brevets européens sont délivrés pour les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle. Pour être brevetable, une invention doit en outre, conformément aux règles 27 et 29 CBE, présenter un caractère technique, en ce sens qu'elle doit se rapporter à un domaine technique, qu'elle doit concerner un problème technique et posséder des caractéristiques techniques pouvant être énoncées sous forme de revendications définissant l'objet de la demande pour lequel la protection est recherchée.

L'article 52 de la CBE exclut de la brevetabilité les programmes d'ordinateur en tant que tels. Toutefois, le dispositif de fonctionnement d'un ordinateur défini par l'ensemble programme et machine peut faire l'objet d'une protection par brevet à condition, bien entendu, que ce dispositif remplisse les critères de brevetabilité (nouveauté, activité inventive, application industrielle). La jurisprudence a évolué en fonction des développements techniques et économiques du secteur des logiciels, ce qui a conduit à délimiter la portée de l'exclusion formulée par l'article 52.

Plusieurs décisions des Chambres de Recours de l'OEB ont précisé les frontières de la brevetabilité dans le domaine des logiciels. Ainsi la décision Vicom T 208/84 implique qu'un procédé qui fournit une solution technique à un problème technique ne peut être exclu de la brevetabilité du simple fait qu'il est basé sur un algorithme. Plus récemment les décisions IBM T 1173/97 et IBM T 0935/97 ont précisé qu'un logiciel est considéré comme ayant un caractère technique, si sa mise en œuvre sur un ordinateur produit un effet

technique qui va au-delà des interactions physiques "normales" entre programme et ordinateur : elles ont marqué une nouvelle évolution en acceptant de breveter des "produits-programmes", c'est-à-dire des logiciels (en tant que produits) présents sur un support. Cette notion de "produit-programme" est contestée par ceux qui estiment que les programmes entrent plutôt dans la catégorie des procédés.

Comme dans d'autres domaines, ces jurisprudences tendent à ouvrir le système du brevet aux technologies nouvelles. Dans le cas des logiciels, elles ont peu à peu introduit un ensemble de nouveaux critères, à savoir l'effet technique supplémentaire, la contribution technique, les considérations techniques qui s'ajoutent aux critères classiques. Aux yeux de beaucoup, elles sont passablement absconses et ont contribué à créer la confusion actuelle.

Les utilisateurs confirmés du système des brevets considèrent néanmoins le plus souvent que la jurisprudence et la pratique de l'OEB sont globalement satisfaisantes. A leurs yeux, elles ont en particulier eu le mérite d'avoir su s'adapter au cours du temps à l'évolution des techniques et des modes de commercialisation des produits logiciels. Certains attachent une grande importance à la possibilité ouverte par la jurisprudence d'avoir des revendications de "produits-programmes" (et pas seulement de procédés) parce qu'elles permettent d'agir en contrefaçon en attaquant le contrefacteur primaire alors que, pour faire valoir ses droits avec une revendication de procédé, il faut poursuivre l'utilisateur : on ne peut agir contre le contrefacteur primaire que par le biais de la fourniture de moyens.

D'autres estiment que la jurisprudence va trop loin. Les critiques visent en particulier la notion d'effet technique ou de contribution technique qui est souvent jugée floue par les spécialistes eux-mêmes. Ces personnes et bien évidemment, les opposants au brevet d'une manière générale, contestent fortement la jurisprudence et la pratique de l'OEB dans la mesure où elles tendent à autoriser la brevetabilité des inventions de logiciel. Tout le monde s'accorde pour considérer que l'essentiel est que les règles du jeu soient clairement définies car l'incertitude juridique est en soi préjudiciable à toutes les parties.

Il est souligné que les risques de dérive résultent de la pratique de l'OEB, et non pas du droit lui-même : l'OEB devrait établir qu'il s'agit bien d'une invention avant d'examiner si les trois critères de la brevetabilité sont remplis. Le critère de l'effet technique que l'OEB utilise pour caractériser l'invention ne répond pas réellement à la question.

La pratique quotidienne des examinateurs de l'OEB dans l'application au domaine des logiciels des règles juridiques est en effet une question essentielle. On s'accorde en général pour reconnaître la difficulté des recherches d'antériorités et de l'établissement a priori de l'état de la technique dans un domaine où la documentation est encore insuffisante. Par comparaison au critère de nouveauté, l'activité inventive est un critère plus relatif que l'OEB est souvent accusé d'apprécier de manière trop peu exigeante. Plusieurs éditeurs soulignent la difficulté d'assurer actuellement la qualité d'un brevet logiciel par l'application des deux critères précédents.

Mais de l'avis général, le degré d'activité inventive exigé à l'OEB est supérieur au degré de "non-évidence" apprécié par l'USPTO (*United States Patent and Trademark Office*).

2.3. Les positions des acteurs par rapport au brevet d'inventions logicielles

2.3.1. Industriels

De manière relativement homogène, on peut distinguer les positions de trois types d'acteurs industriels sur le droit et son interprétation jurisprudentielle et sur les enjeux de nature économique. Les positions d'un quatrième groupe d'acteurs associés au milieu industriel sont mentionnées ensuite, lorsqu'elles complètent les informations précédentes.

GRANDS EDITEURS DE LOGICIELS D'INFRASTRUCTURE ET DE LOGICIELS GENERIQUES ; FOURNISSEURS DE LOGICIEL INTEGRE A DES SYSTEMES .

Positions sur le droit

Pour lever l'ambiguïté de l'interprétation du droit, l'exclusion des programmes d'ordinateur "en tant que tels" prévue à la Convention sur le Brevet Européen doit être supprimée. Cette suppression devra permettre également de reconnaître la brevetabilité des revendications de "produits/programmes" et pas seulement des procédés.

Positions sur le plan économique

Le développement de logiciel est devenu une activité industrielle à part entière et pour faire face à la compétitivité mondiale, l'industrie du logiciel a donc besoin de la même protection de ses investissements innovants que les autres branches de l'industrie.

Sur la question des PME, il est estimé que le brevet leur permet de mieux se protéger, de s'assurer le concours d'investisseurs potentiels sur la base d'inventions solides, et de mieux négocier des accords d'exploitation et de commercialisation avec notamment, les grands groupes (éventuellement des licences croisées). Il est en outre préconisé la constitution d'un fonds d'assurance litige pour aider les PME à faire face aux litiges ("cofaçage").

Sur la question du déséquilibre de la protection en Europe par rapport aux Etats-Unis, il est avancé que si les entreprises européennes n'ont pas de brevet pour protéger l'industrie du logiciel, rien n'empêchera les entreprises US de vendre sur le territoire européen, alors que les entreprises européennes ne pourront pas vendre sur le territoire américain.

Enfin sur la question du brevet et du logiciel "open source", il est d'abord rappelé que le brevet, de manière générale, ne s'oppose pas à la poursuite de travaux à des fins de recherche-développement sur un sujet donné (en particulier le développement de logiciels "open source"). Au contraire, il la favorise en mettant à la disposition du public des informations techniques qui, autrement, auraient pu rester secrètes. Les résultats portant sur le développement de "logiciel libre" dans le cadre d'activités de recherche peut ainsi promouvoir l'incitation à innover. Les activités commerciales développées autour de l'"open source" doivent pouvoir coexister avec le régime des brevets logiciels en Europe, ce qui ne semble pas poser de problème aux USA.

Positions sur le droit

La protection du logiciel par le droit d'auteur contre le piratage est souvent jugée suffisante : le logiciel, simple accessoire d'une innovation matérielle technique, est trop proche d'un algorithme pour se prêter à la brevetabilité. Il n'y a pas d'opposition à la brevetabilité de dispositifs matériels contenant du logiciel et on note également que la proximité entre un algorithme mathématique et un produit est très forte dans le domaine technique du logiciel. Il existe des "techniques essentielles" qui comme les mathématiques, appartiennent à tout le monde et il n'est pas souhaitable de breveter un logiciel "en tant que tel". De manière pragmatique, ce point de vue est de nature défensive : en matière de logiciels, le droit d'auteur est « évidemment nécessaire, mais très nettement insuffisant », car non opposable en cas de contrefaçon. Une directive d'harmonisation communautaire encadrant précisément la notion d'"effet technique" serait souhaitable.

Sur le plan de la qualité du brevet (applicabilité des critères de délivrance), des éditeurs jugent qu'il n'y a pas en réalité de forte corrélation entre l'existence d'un brevet d'invention logicielle et le caractère innovant ou la réussite commerciale du produit logiciel correspondant. Certains estiment même que la grande majorité des brevets de nature purement logicielle ne sont pas mis en œuvre.

Positions sur le plan économique

Le brevet d'inventions logicielles est perçu comme un instrument à la fois destiné à lever des fonds et à freiner potentiellement à la concurrence, que les grands groupes sont susceptibles d'employer comme une bombe à retardement, plutôt qu'un outil de diffusion de l'innovation. Les investisseurs n'ont souvent pas les compétences techniques pour juger de la qualité de l'innovation brevetée, d'autant que les brevets portant sur des logiciels apparaissent à certains assez difficiles à évaluer, à la différence des brevets portant des inventions biotechnologiques. En fait, le brevet d'inventions logicielles est susceptible d'affecter plus particulièrement les industries ayant vocation à exploiter les "couches basses" (systèmes d'exploitation) des logiciels, segment où l'Europe est particulièrement vulnérable.

Par réalisme, certains estiment qu'il est préférable que les logiciels soient brevetables comme aux Etats-Unis, précurseur en la matière et part importante de ses marchés : le marché du logiciel s'organise à partir des Etats-Unis et il faut en tenir compte dans le débat.

Enfin, le tri des "mauvais brevets" finira par se faire mais cela d'autant mieux et plus vite que les offices de brevets seront dotés de moyens à même d'améliorer la qualité de la délivrance: en ce sens la mobilité professionnelle des experts dans les différents domaines techniques couverts par les logiciels est souhaitable et l'Europe se doit de donner l'exemple.

En conclusion, sur le plan de la décision de dépôt, certains choisissent momentanément, de ne pas déposer de brevets afin ne pas divulguer leurs algorithmes qui pourraient, après «habillage» par des informaticiens de bon niveau, être exploités par des concurrents. Dans une telle situation, le titulaire du brevet n'aurait pas alors de moyens suffisants de plaider la contrefaçon. Le problème principal n'est donc pas le montage technique d'un dossier de dépôt, mais les moyens de défendre les brevets.

SSII

Positions sur le droit

Si la protection du logiciel apparaît nécessaire pour lutter contre le piratage, de très fortes réserves à l'égard du principe même de brevetabilité des logiciels sont émises. Les SSII ne sont en fait pas en situation d'inventeur, mais plutôt de mise en place d'un savoir-faire sur différentes plates-formes en utilisant des logiciels édités. Le champ de ce qu'elles pourraient breveter apparaît donc extrêmement limité et largement dépendant des travaux des éditeurs de logiciel.

Positions sur le plan économique

Le brevet est une forte menace pour ces SSII car les développements faits pour le client pourraient relever de brevets de qualité inégale déposés par des éditeurs. Les SSII qui n'ont pas les moyens de réaliser une veille technologique peuvent se trouver en situation de contrefacteur sans même le savoir et il paraît irréaliste d'engager des recherches d'antériorité avant de commencer les travaux demandés, d'autant que les PME de ce secteur seraient alors confrontées à des coûts de dépôt élevés et à des provisions pour pouvoir engager ou supporter des procès en contrefaçon aux coûts également très élevés. Le brevet est ainsi perçu comme un instrument plus adapté aux grands groupes qu'aux PME.

Ainsi pour ces SSII, le meilleur moyen de protection de leurs produits et services, basés sur l'assemblage de composants issus de l'"open source", c'est le dynamisme sur le marché: rapidité d'innovation, de production et de mise à disposition des clients. Il convient également de laisser des possibilités au logiciel libre, celui-ci ayant connu un réel succès dans certains domaines. Les SSII peuvent s'appuyer sur ces standards pour proposer une offre compétitive. Le brevet d'inventions logicielles est susceptible d'entraver une telle stratégie, mais il est indiqué que les cas concrets où une SSII a jamais été confrontée à une action en contrefaçon de la part d'un titulaire de brevet sont rares voire inexistantes, du moins en Europe. Il est cependant reconnu avec regret que si l'on souhaite aborder le marché US, le brevet y est malheureusement devenu indispensable. Il est également souligné que ce type de protection du logiciel y a freiné l'innovation.

2.3.2. Universitaires et chercheurs

Le constat global est qu'il n'y a pas, a priori, d'hostilité au brevet d'inventions logicielles; ce constat doit toutefois s'accompagner des remarques suivantes qui ressortent de certaines auditions :

- pour certains une réponse binaire à la question de la brevetabilité des logiciels n'est pas concevable : de façon générale il y a une demande de clarification de ce qui peut être breveté et ce qui doit resté exclu de la brevetabilité (par exemple, les protocoles, formats d'échange, formats de stockage, ne devraient pas donner lieu à brevet, car il y aurait alors restriction à l'interopérabilité et un problème de compatibilité entre systèmes) ;
- une certaine confusion (du moins sur le plan de la terminologie) existe au niveau de la matière brevetable puisque, si pour certains "les logiciels sont définis par leurs fonctionnalités non brevetables", d'autres

estiment que "les fonctionnalités du logiciel ne peuvent être protégées que par brevet" : une clarification semble nécessaire à ce niveau ;

- si l'utilité du droit d'auteur n'est généralement pas contestée, le caractère adapté du droit d'auteur ne fait pas l'unanimité, alors surtout que ce droit est limité à l'expression du logiciel, de sorte qu'un logiciel dérivé échappera à la protection du droit d'auteur ;

- un problème récurrent est celui du code source : là encore il n'y a pas consensus dans la mesure où pour certains, le code source n'a pas à être systématiquement divulgué dans la demande de brevet, alors que pour d'autres il conviendrait que ce code source soit publié en même temps que la demande de brevet, c'est-à-dire 18 mois après son dépôt, fournissant ainsi une information utile à la société entière en contrepartie du monopole accordé par le brevet;

La spécificité de la matière logicielle, le caractère incrémental de la recherche qui s'y rattache et l'extrême diffusion de la matière logicielle dans des dispositifs techniques, ou le fait que cette matière soit la transcription d'un algorithme ou d'un concept, expliquent dans une large mesure le caractère nuancé des réponses, le souci des personnes entendues étant à l'évidence de valoriser au mieux les logiciels mis au point par les chercheurs ; cette valorisation peut se faire de différentes façons, le brevet n'étant que l'une des voies possibles, avec un intérêt particulier pour les jeunes pousses. Le logiciel libre est une autre voie envisageable, encore que, là aussi, il est important de savoir ce qui est mis derrière cette notion (logiciel libre ne veut pas dire gratuit). Selon certains, un équilibre doit être recherché entre brevets logiciels spécifiques et logiciels libres génériques ; il serait en particulier nécessaire de "garantir" d'un point de vue juridique les licences dites libres (de type GPL)".

Il est par ailleurs intéressant de voir la position des personnes entendues quant à l'impact sur leur activité du maintien des règles et pratiques actuelles ; si la situation actuelle apparaît comme dangereuse pour tel intervenant en raison de l'incertitude engendrée par cette situation, cette même incertitude présente pour tel autre intervenant un intérêt puisqu'elle permet le maintien d'une « paix armée ».

2.4. Les adaptations spécifiques à mettre en œuvre dans le cadre du droit des brevets. Opinions quant à la création d'un droit sui generis

Nombre de personnes expriment une préoccupation vis-à-vis de l'interopérabilité et de la compatibilité des systèmes : redoutant les difficultés que créeraient des brevets portant sur les protocoles, les formats d'échange, les formats de stockage ou même les systèmes d'exploitation, elles souhaitent que des dispositions spécifiques excluent ces domaines du champ de la brevetabilité.

Les juristes et les spécialistes de la propriété industrielle restent sceptiques quant à la possibilité tant pratique que légale (article 27.1 de l'accord sur les Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle liés au Commerce, ADPIC) de discriminer quant à la brevetabilité entre des catégories de logiciels. Les règles de droit qui seraient ainsi écrites pour un objet particulier deviendraient très vite obsolètes et sources de conflits et de difficultés. En particulier la définition des catégories et de leurs frontières est vouée à l'échec du simple fait du caractère évolutif des technologies. En revanche il existe dans le droit de la concurrence et dans le droit des brevets (licences obligatoires) des dispositions d'application générale que certains jugent suffisantes.

Une autre crainte est que les brevets accordés ne soient d'une portée excessive. Cette préoccupation semble cependant difficile à traduire en termes réglementaires ou législatifs, ce qui oblige à s'en remettre à l'examineur ou au juge.

Par ailleurs, certaines personnes entendues, estiment qu'il serait opportun de mettre à disposition les codes sources du logiciel avec le reste de la demande de brevet lors de la publication à 18 mois, pour répondre à l'exigence de la suffisance de description imposée par le droit des brevets. La publication des codes sources serait donc la description d'un mode particulier de l'invention., nécessaire pour l'interopérabilité, même si la description très détaillée de fonctionnalités devient très proche d'un langage de programmation. Il est cependant souligné que les codes sources ne sont actuellement pas exigés lors de l'examen d'une demande de brevet devant l'USPTO, ni d'ailleurs devant tout autre office de brevet, le droit des brevets ne l'imposant pas.

La création d'un droit *sui generis*, donc distinct du droit des brevets et autonome, et d'une durée plus courte, recueille peu de soutiens. Elle est rejetée par la plupart des personnes entendues qui n'y voient pas d'intérêt ou soulignent les inévitables problèmes de délimitation avec le domaine du brevet. L'opinion majoritaire peut se résumer en disant qu'un droit *sui generis* rendrait le système de protection plus complexe et que la confusion qui en résulterait serait préjudiciable à tous, d'autant que la création de droits *sui generis* (topographies de semi-conducteurs, bases de données) s'est avérée peu concluante.

L'hypothèse d'un certificat d'utilité d'une durée de protection de 6 ans, qui existe déjà en France, n'a été retenue par aucune des personnes entendues. En effet, un certificat d'utilité délivré sans rapport de recherche ne cite pas les antériorités et ne confère pas la sécurité juridique souhaitée par les déposants. En outre, un brevet d'une durée de moins de 20 ans serait contraire à l'accord sur les ADPIC. Certaines personnes entendues estiment qu'une durée de protection de 20 ans est trop longue, étant sans rapport avec la réalité économique du logiciel, dont les temps de cycles sont bien plus courts. Il est également ressorti des auditions que si les brevets tombent dans le domaine public en moyenne 7 ans après le dépôt, le titulaire cessant de maintenir le brevet, d'autres brevets peuvent être maintenus pendant l'intégralité de la période légale.

2.5. "Business Methods " et logiciel

A l'instar des réflexions engagées chez la plupart de nos partenaires sous l'égide d'organismes internationaux ou en raison de l'évolution des pratiques, en particulier aux USA ou au niveau de l'OEB, la réflexion sur la protection du logiciel (et notamment son éventuelle "brevetabilité") ne peut pas ne pas s'accompagner au moins d'une ébauche de réflexion sur le cas de "méthodes intellectuelles dans le domaine des activités économiques", connues usuellement sous la dénomination de "business methods" dans la littérature.

En effet, l'exclusion de ces méthodes intellectuelles du champ de la brevetabilité est exprimée dans les mêmes termes que ceux relatifs aux programmes logiciels aussi bien dans la Convention de Munich que dans le Code de la Propriété Intellectuelle (CPI) français.

Ces termes sont également ceux relatifs aux découvertes et théories scientifiques et aux méthodes mathématiques.

2.5.1. Jurisprudence de l'OEB

Les deux décisions suivantes illustrent l'articulation entre logiciel et "business methods".

Une jurisprudence de la Chambre de Recours datant de 1994 (Sohei, T 0769/92) a admis l'existence d'une invention dans des procédés utilisables dans le domaine des activités économiques. La chambre a estimé qu'un bordereau de transfert unique représentant un format unique de saisies de données affiché à l'écran constitue une « interface utilisateur » faisant intervenir des considérations techniques et justifie l'existence d'une invention.

Plus récemment, la décision T 0931/95 (Pension Benefit Systems Partnership, septembre 2000) de la Chambre de Recours a très bien clarifié la position de l'OEB vis-à-vis de demandes de brevet portant sur des "business methods". La demande de brevet considérée avait pour objet un système de gestion d'un fonds de pension comprenant une revendication indépendante de procédé et une revendication indépendante d'appareil (calculateur programmé mettant en œuvre le procédé). La Chambre a rejeté l'ensemble des revendications, jugeant que la protection demandée portait sur une méthode économique ne présentant pas de caractère technique. Il a été jugé qu'une caractéristique d'une méthode concernant l'utilisation de moyens techniques pour un objet non technique et/ou pour traiter des informations purement non techniques ne confère pas nécessairement le caractère technique requis : la méthode concernée n'est donc pas considérée comme une invention. La revendication d'appareil, bien qu'elle soit considérée comme représentant une invention, a été rejetée pour manque d'activité inventive.

2.5.2. Positions exprimées

De manière générale, et bien évidemment sans surprise, les opérateurs économiques qui sont opposés (ou très réservés) à la protection de logiciels par le brevet le sont encore plus s'il s'agit des "méthodes dans le domaine des activités économiques".

Cela dit, même les opérateurs qui sont favorables à la brevetabilité des logiciels sont en général prudents quant à l'inclusion de telles méthodes dans le champ de la brevetabilité et soulignent les hésitations actuelles des pratiques américaines. La jurisprudence (voir ci-dessous) de la Cour d'Appel du Circuit Fédéral (*Court of Appeal of the Federal Circuit - CAFC*) a conduit l'USPTO à donner satisfaction à de nombreuses demandes de brevets dans ce domaine. Il est assez rapidement apparu que la plupart de ces brevets étaient très "faibles" et aujourd'hui l'USPTO se montre à tout le moins plus prudent.

En fait, les hésitations découlent essentiellement du fait que les méthodes en cause paraissent encore plus proches si possible de la catégorie des "idées" - essentiellement non protégeables - et d'une difficulté d'appréhension des conséquences économiques et sociales des évolutions esquissées. On peut ainsi se demander dans quel monde on vivrait, si on avait breveté par exemple le principe de l'hypermarché ou de l'amortissement dégressif.

En résumé, la jurisprudence et la pratique rejetant la brevetabilité des "business methods" sont très largement approuvées d'autant plus qu'il ne serait pas acceptable que des brevets accordés pour des "business methods" bloquent les possibilités de faire du commerce électronique.

2.6. La protection du logiciel et des "business methods" en Europe et aux Etats-Unis

2.6.1. Droit et pratique du droit aux Etats-Unis

Les inventions de logiciels sont plus facilement brevetables aux Etats-Unis du fait d'une tradition juridique et d'une législation différentes.

En effet l'article 27.1 de l'accord sur les ADPIC laisse ouverte la question de savoir ce qu'il faut entendre par «invention», ce qui permet aux Etats membres de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) de comprendre et d'interpréter la notion d'invention conformément à leur tradition juridique. Celle qui prévaut en Europe depuis les origines du système des brevets veut que la protection par brevet soit réservée aux créations dans le domaine de la technique, alors que, aux Etats-Unis, il suffit que l'invention soit "utile". Ces approches divergentes n'ont pas été harmonisées par l'accord sur les ADPIC, comme en témoigne la note de l'article 27.1. En outre le texte de cet article utilise les mots de «domaines technologiques» mais, pour les Etats-Unis, l'utilisation à un moment ou à un autre d'un logiciel suffit pour établir qu'on est dans le domaine de la technologie. En Europe, au contraire, la jurisprudence de l'OEB, consacrée par les deux décisions IBM de 1997 et 1998, considère que le caractère technique suppose un effet technique qui va au-delà des interactions "normales" entre le programme et l'ordinateur.

L'interprétation américaine a été consacrée par la jurisprudence de la CAFC dans le litige State Street Bank & Trust contre Signature Corp. (1998), puis par la pratique des examinateurs de l'USPTO. Dans l'affaire citée, le juge a considéré qu'une "business method" (en l'occurrence une méthode d'évaluation d'actions utilisée pour la mutualisation de fonds dans un portefeuille d'investissements) était brevetable puisqu'elle était une application pratique d'un algorithme produisant des résultats "utiles, concrets et tangibles". Aux Etats-Unis, pour être brevetables, les "business methods" doivent donc simplement être nouvelles, non évidentes et apporter, au moins potentiellement, un résultat utile qui les distingue de l'idée abstraite ou de la découverte. Ainsi les sociétés de services recherchent désormais une protection de leur innovation par le brevet : le commerce électronique suscite le dépôt d'un nombre sans cesse croissant de demandes pour des « business methods », mais le phénomène, beaucoup plus large, touche également les services bancaires et financiers, les assurances, la distribution, le marketing, les cabinets spécialistes de l'organisation et du management, etc.

Enfin, aux effets de ces différences d'approches entre les Etats-Unis et l'Europe, s'ajoute le fait, déjà observé dans le domaine des biotechnologies, que l'USPTO ne procède pas à un examen aussi approfondi et délivre parfois le brevet en étant moins exigeant sur le niveau de l'activité inventive. En outre sur le plan de la nouveauté, à l'examen de plusieurs brevets d'entreprises américaines concurrentes, il a été jugé qu'y figuraient des revendications pour des résultats découverts et publiés avant le dépôt de ces brevets. Certains experts estiment qu'environ la moitié des brevets d'invention logicielles déposés aux Etats-Unis ne comporterait pas d'éléments suffisamment précis sur l'état de la technique, ce qui compliquerait la tâche des examinateurs de l'USPTO par ailleurs confrontés à des difficultés de compétence dans un secteur en évolution technologique très rapide.

Ceux qui entendent contester le brevet ne disposent pas d'une procédure d'opposition et doivent engager des procédures judiciaires très coûteuses pour obtenir son annulation. Il est d'ores et déjà évident que certains brevets dont le caractère inventif est très contestable, ou d'une couverture exagérément large, ou qui constituent une tentative d'appropriation de méthodes déjà dans le domaine public, seront annulés. Mais, en attendant, ils remplissent avec une certaine efficacité un rôle d'intimidation vis-à-vis des tiers.

Les pratiques américaines comptent pour beaucoup dans l'inquiétude exprimée par les tenants des "logiciels libres" qui, selon eux, ne peuvent que conduire à une dérive de la pratique européenne.

2.6.2. La stratégie des entreprises

Certains estiment que les retards que connaît l'Europe sont dus à la moindre propension à y protéger les innovations par le brevet, et pas à une moindre capacité d'innovation. En outre, les normes internationales pour l'évaluation des entreprises sont largement influencées par les pratiques américaines.

Les grands groupes prennent des brevets sur leurs inventions logicielles, à des fins surtout défensives. Une grande partie des PME ne le fait pas, le plus souvent parce qu'elles ignorent cette possibilité et ne l'ont pas intégré dans leur stratégie, sauf pour se faire valoir auprès des investisseurs, ou lorsque la conclusion d'accords de confidentialité n'est pas réaliste.

- *Quelle est la situation relative des industries américaines et européennes du logiciel ?*

Le marché américain du logiciel et les entreprises américaines dominent notamment sur le segment des "couches basses" (systèmes d'exploitation), fait économique dont il faut tenir compte mais ne découlant pas d'un système de protection de la propriété industrielle: Microsoft a établi son monopole sur le système d'exploitation des PC avant de prendre des brevets. Mais à l'heure actuelle, le système américain fonctionne bien dans l'intérêt des entreprises américaines et protège les positions acquises. Le déséquilibre entre entreprises européennes qui ne peuvent pas breveter leurs logiciels sur leur marché principal et les entreprises américaines qui peuvent le faire est souligné. Ce déséquilibre est particulièrement pénalisant pour les PME européennes.

- *La situation particulière des logiciels libres*

On rappelle (c. f. supra 2.3) que le logiciel libre est considéré par certains comme la chance pour l'Europe de changer le rapport de force entre Etats-Unis et Europe, compte tenu des succès du modèle Open Source (logiciels et services associés). Les intéressés considèrent que le brevet d'inventions logicielles est la condamnation à mort de ce modèle, parce que la contrefaçon est facile à établir et qu'il est difficile de ne pas croiser le champ d'un brevet, quelle que soit sa qualité. Mais d'autres prennent l'exemple des Etats-Unis pour affirmer que le développement du logiciel libre n'est pas affecté par le brevet.

- *Quelle sont les conséquences des différences de protection, réelles ou supposées, entre l'Europe et les Etats-Unis ?*

Les différences de protection, réelles ou supposées, entre Etats-Unis et Europe ont des conséquences de nature diverse :

- Elles influencent la localisation des activités de recherche.
- Elles gênent la politique d'innovation des entreprises, comme, par exemple, dans l'octroi de récompenses aux chercheurs.
- Elles favorisent les *start-up* dans le pays qui dispose d'un brevet d'inventions logicielles.
- Elles affectent le niveau d'investissement et d'innovation, mais cela dépend des domaines: il y a risque pour les logiciels très pointus, et risque moindre pour les logiciels volumineux où l'innovation n'est pas localisée dans des morceaux de code.

- Elles rendent plus complexe la décision de savoir s'il faut déposer un brevet ou non.

2.6.3. La question d'un alignement des pratiques

Il convient de distinguer les points de vue portant sur un alignement des pratiques européennes sur les pratiques américaines ou vice-versa et ceux relevant d'une harmonisation des deux systèmes. Il faut cependant souligner que la problématique d'un alignement n'est pas spécifique au domaine des logiciels: l'Europe défend une conception ambitieuse et rigoureuse de la propriété industrielle dans l'ensemble des domaines de la technologie.

ALIGNEMENT

De manière quasi unanime, les personnes entendues se prononcent contre un alignement des pratiques européennes *sur* le droit et la jurisprudence américaines, tant sur le plan du fond que sur celui de la qualité de la délivrance (contagion possible par les "mauvais brevets" selon l'expression d'un éditeur spécialisé implanté aux Etats-Unis).

Ce constat doit être un peu nuancé: certains prônent un rapprochement substantiel vers les pratiques américaines en recommandant l'abandon du critère d'"effet technique" et un l'alignement sur la notion d'"utilité", (qui permettrait la brevetabilité des "business methods"). D'autres recommandent un alignement complet de l'Europe sur l'évolution jurisprudentielle des Etats-Unis, afin de renforcer la position des PME européennes face aux grands groupes américains.

Mais beaucoup estiment qu'un alignement dans un sens ou dans l'autre est irréaliste car les systèmes européen et américain de protection par le brevet diffèrent trop profondément. Il convient donc de défendre et de mettre en œuvre une conception européenne de la protection des logiciels.

D'un point de vue pragmatique, la grande majorité des éditeurs dépose ou se prépare à déposer des brevets aux Etats-Unis à l'heure actuelle.

HARMONISATION

En tout état de cause, il est généralement reconnu qu'à terme, une harmonisation des pratiques est nécessaire sachant que les positions aux Etats-Unis sont susceptibles d'évoluer et qu'il est souhaitable qu'une conception européenne de la protection des logiciels soit mise en œuvre et négociée sur le plan international.

La grande majorité des personnes entendues estime que la défense d'une position européenne sur le plan international nécessite également le maintien, voire le renforcement de la qualité du travail de l'OEB.

L'industrie européenne du logiciel est en position de relative faiblesse sur le segment des logiciels génériques. Certains indiquent que le processus d'harmonisation doit toutefois écarter tout argument qui vise l'effet présumé des brevets sur la situation relative de l'industrie européenne, car les pays qui, dans le passé, ont refusé d'accorder la protection par brevet sur la base d'arguments de ce type ont connu un retrait des investissements de leur territoire. De plus, les positions concurrentielles peuvent évoluer rapidement et l'Europe connaît quelques réussites ponctuelles brillantes.

Peu d'acteurs estiment qu'une harmonisation des pratiques n'est pas la priorité. La constitution d'un pôle européen de l'industrie du logiciel est primordiale et le système européen des brevets peut évoluer indépendamment du système américain en ce sens.

DIRECTIVE COMMUNAUTAIRE

L'harmonisation internationale ne peut se réaliser que sur la base d'une position européenne, qu'un grand nombre d'acteurs estiment devoir être définie dans le cadre d'une directive communautaire sur la protection des logiciels.

La grande majorité des éditeurs et des industriels estiment que les pratiques pourraient être clarifiées en abandonnant l'exclusion des programmes d'ordinateurs du champ du brevetable et en codifiant la pratique de l'OEB, soit en l'état actuel, soit en la rendant plus rigoureuse sur le plan de l'"effet technique". Il n'y a d'ailleurs pas consensus sur l'utilisation de la notion d'"effet technique" employée par l'OEB.

Pour d'autres acteurs, l'harmonisation n'a d'avantage à se produire que par une nouvelle voie . Un alignement des pratiques serait nécessaire, mais il ne pourrait se réaliser qu'au moyen d'une troisième voie véritablement adaptée à la spécificité des biens logiciels.

3. PISTES DE REFLEXION/RECOMMANDATIONS

Le groupe de travail retient les pistes de réflexion et recommandations suivantes:

A/ Renforcer l'application des critères traditionnels de délivrance pour défendre la qualité du brevet

1. Le groupe recommande fortement d'établir un cadre juridique plus contraignant pour que la délivrance par l'Office Européen des Brevets (OEB) de brevets portant sur des inventions logicielles n'ait lieu que lorsque sont réunies les conditions classiques: il doit s'agir d'inventions, nouvelles, faisant preuve d'activité inventive et susceptibles d'application industrielle.

En particulier, conformément à la définition même du brevet, sa description doit être suffisante pour qu'un homme du métier puisse reproduire l'invention (sur la base de cette description et de ses connaissances), ce qui est susceptible d'impliquer une divulgation, dans la demande de brevet, du code source et de son environnement d'exécution (voir également le paragraphe 5 ci-dessous). Cette divulgation est effectuée sans préjudice des droits d'auteur attachés au programme d'ordinateur et au code source lui-même.

2. Les recommandations qui précèdent pourraient avantageusement être reprises dans une Directive communautaire, afin d'harmoniser les pratiques des instituts nationaux et de l'OEB, et explicitées dans les directives d'examen de l'OEB.
3. Le groupe recommande également de développer des bases de données de connaissance performantes, complètes, spécialisées et interconnectées, qui seraient accessibles à la fois au public et aux offices de brevets qui permettraient à ces derniers d'avoir une meilleure connaissance de l'état de la technique pour mener à bien la recherche et l'examen de brevetabilité et qui assureraient une meilleure sécurité juridique aux entreprises du secteur.
4. Le groupe recommande en outre de développer la formation des examinateurs, particulièrement en encourageant leur mobilité avec l'industrie et la recherche, tout en encadrant cette mobilité par des règles déontologiques.
5. Le groupe rappelle qu'aucun brevet sur un programme d'ordinateur ne peut faire obstacle au droit d'interopérabilité accordé par la Directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs.
6. Le groupe rappelle qu'en tout état de cause, tout tiers (particuliers, entreprises, Etats...) peut former opposition contre la délivrance d'un brevet européen s'il estime que la délivrance a été effectuée en contradiction avec la Convention sur le Brevet Européen (CBE).

Certaines inventions logicielles étant brevetables dans les conditions précitées au point 1, alors que d'autres, à préciser dans la Directive, ne le seraient pas, il serait possible de supprimer l'exclusion de l'article 52.2c de la CBE. Toutefois, les représentants du Secrétariat d'Etat à l'Industrie et du Ministère de la Recherche estiment qu'il convient de subordonner toute modification de l'article 52.2c CBE (qui exclut les programmes d'ordinateur "en tant que tels" du champ de la brevetabilité) à la réalisation préalable des

objectifs décrits ci-dessus au point 1. Ces objectifs, à réaliser dans la Directive, devraient ainsi faire l'objet d'un calendrier par étapes, qui seront successivement validées avant toute décision de modification de la CBE ("*monitoring*"). En outre, dans l'hypothèse d'une modification de l'article 52.2c CBE supprimant l'exclusion du champ de la brevetabilité des programmes d'ordinateur "en tant que tels", il conviendrait de donner toute publicité à cette mesure, notamment auprès des PME/PMI et des organismes de recherche.

B/ Sensibiliser les acteurs autres que les grands groupes industriels

Renforcer leur information sur l'utilisation du brevet, en particulier sur les dispositions régissant la délivrance de licences obligatoires dans les cas où l'interopérabilité de logiciels ou de matériels est en jeu.

C/ Créer une assurance litige

Les Offices de brevets américain et européen délivrent de nombreux brevets concernant des inventions logicielles ; or, même si certains de ces brevets n'auraient pas dû être délivrés, il n'en reste pas moins qu'ils existent et qu'ils sont présumés valables jusqu'à ce qu'une décision de justice les annule. Il en résulte des actions judiciaires souvent longues et coûteuses, surtout aux Etats-Unis. De telles procédures ne peuvent pas être financièrement supportées par les acteurs disposant de moyens financiers limités, à savoir les PME/PMI, ainsi que les organismes de recherche ou les universités.

Une réflexion devrait donc être menée en vue de créer une assurance litige ; cette assurance, intéressante pour ces acteurs, aurait d'ailleurs vocation à s'appliquer à d'autres domaines technologiques.

GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTERIEL SUR LA BREVETABILITE DES LOGICIELS

Membres du Groupe

Conseil Général des Mines (CGM)

François BERSANI
Ingénieur Général des Mines
20 Avenue de Ségur
75353 Paris 07 SP

Henri RENON
Ingénieur Général des Mines
10 Avenue Arouet
92330 Sceaux

Conseil Général des Technologies de l'Information (CGTI)

Patrick KNIGHT
Chargé de Mission
20 avenue de Ségur
75353 Paris 07 SP

Direction Générale de l'Industrie, des Postes et des Technologies de l'Information (DiGITIP)

Benoît BATTISTELLI
DiGITIP/SEINE
Chef de Service
12 rue Villiot
DiGITIP5/SEINE
75572 Paris Cedex 12

Emmanuel NEUVILLE
DiGITIP/STSI
Adjoint SDEI
12 rue Villiot
DiGITIP3/STSI
75572 Paris Cedex 12

Gérald PETIT
DiGITIP/SIQ/SQUALPI
Responsable de la Mission Propriété Industrielle
Bât. Sully
64-70 Allée de Bercy
75574 Paris Cedex 12

Grégoire POSTEL-VINAY
DIGITIP/OSI
Chef de l'Observatoire
12 rue Villiot
DiGITIP5/SEINE/OSI
75572 Paris Cedex 12

Institut National de la Propriété Industrielle (INPI)

Camille-Remi BOGLIOLO, juriste
Dominique DEBERDT, responsable de l'Observatoire de la Propriété Intellectuelle
Géraldine GUERY, ingénieur
Alexandre LEBKIRI, ingénieur

26 bis rue de St Pertersbourg
75800 Paris Cedex 08

Ministère de la Culture et de la Communication

Bruno MANNONI
Chef du Département de l'Organisation et des Systèmes d'Information DOS
Rue du Fort de Saint-Cyr
Montigny-le-Bretonneux
78181 Saint-Quentin-en-Yvelines

Ministère de la Justice

Sophie LECARME-MEUNIER
Direction des Affaires Civiles et du Sceau
Bureau du Droit Commercial
Magistrate
13 Place Vendôme
75042 Paris Cedex 01

Ministère de la Recherche

Alain GALLOCHAT
Conseiller
1 rue Descartes
75231 Paris Cedex 05

Quelles protections pour les logiciels ? Questionnaire d'audition

Q1 Pensez-vous que les inventions portant sur le logiciel doivent être protégées par le brevet ?

Pour les *programmes d'ordinateur*, le droit d'auteur protégeant une expression non un concept est-il :

- Adapté ?
- Utile ?

La pratique de l'OEB en la matière est-elle satisfaisante ?

Cette pratique va-t-elle trop loin, même avec l'exigence d'un effet technique pour la délivrance du brevet ?

Au contraire êtes-vous d'avis que tout logiciel nouveau et inventif doit pouvoir faire l'objet d'un brevet ?

Comment se traduisent dans le domaine des logiciels les trois critères de la brevetabilité (nouveau, activité inventive et application industrielle) ?

Q2 En quoi le maintien des règles et pratiques actuelles affecteraient :

- Votre activité ?
- Celle des développeurs indépendants ?
- Les PME ?
- Les activités économiques (lesquelles) ?
- Les consommateurs ?
- Les investissements (sécurité juridique) ?
- L'innovation et l'entrepreneuriat ?
- La concurrence ?

Q3 En fonction de vos réponses aux questions précédentes, quelle attitude proposez-vous concernant la protection du logiciel ? et pour quelles raisons ?

- Non-brevetabilité de tous les programmes d'ordinateur
- Maintien de la pratique actuelle de l'OEB
- Suppression de l'exclusion des programmes d'ordinateurs ("en tant que tels") de la CBE, c'est à dire brevetabilité
- Création d'un droit sui generis ou utilisation d'un titre différent du brevet (par ex. modèle d'utilité)

Q4 Nuanceriez-vous vos réponses selon le type de logiciel à protéger ?

- Interfaces
- Systèmes d'exploitation
- Applications
- Logiciels "embarqués" (encapsulés)
- Autres (ex : logiciels liés à des formats de données)

Q5 Pensez-vous que les "méthodes commerciales" (business methods) doivent faire l'objet d'une protection semblable à celle des logiciels ?

En particulier, sur quels critères objectifs pourrait se fonder la protection par brevet d'une méthode commerciale ?

Q6 Comment jugez-vous la pratique américaine en matière de brevetabilité des inventions logicielles ?

Q7 Comment jugez-vous la pratique américaine en matière de brevetabilité des méthodes commerciales ?

Q8 Des protections différentes entre l'Europe et les Etats-Unis affectent-elles :

- Votre activité ?
- Les PME ?
- Les activités économiques (lesquelles) ?
- Les consommateurs ?
- Les investissements (leur localisation) ?
- L'innovation et l'entrepreneuriat ?
- La concurrence ?
- Plus généralement la position relative des entreprises françaises par rapport à leurs concurrentes US ?

Q9 Faut-il un alignement des pratiques, comment et pourquoi ?

- Faire comme aux USA ?
- Au contraire mettre en œuvre une conception "européenne" et la défendre sur la scène internationale ?

GROUPE DE TRAVAIL INTERMINISTERIEL SUR LA BREVETABILITE DES LOGICIELS
Entreprises et personnes entendues

Editeurs, Industriels, Prestataires de Services, Fonds de Capital-risque, Conseil

ALGOE

Société de conseil aux PME, de taille moyenne, implantée à Lyon, Paris, avec des réseaux européens.

M. Pascal GUSTIN (Responsable domaine Stratégie et Territoire)

Mme Valérie DEJOUR (Consultante)

Banexi Ventures Partners

Fonds français de capital-risque

Filiale de la BNP

M. Michel DAHAN (Président du Directoire)

Bull

M. Gérard ROUCAIROL (Responsable de la Recherche et Développement)⁴

EADS Matradatavision

800 employés. Filiale de EADS présente en Europe et en Amérique du Nord spécialisée dans la CFAO (Conception et Fabrication Assistées Par Ordinateur), éditeur de logiciels et composants logiciels, intégrateurs de solutions logicielles et de services dont l'une, prometteuse, est basée sur l'"open source". Partenaire notamment d'IBM.

M. Hugues ROUGIER (Président)

EURIWARE

Le Groupe Euriware propose à ses clients une offre intégrée, depuis le conseil jusqu'à l'infogérance, incluant l'intégration de systèmes ainsi que les solutions e-business associées. Le Groupe Euriware a été classé première SSII dans le secteur industriel par le magazine Industries et Techniques (Juin 2001). Avec un chiffre d'affaires de 1.4 Milliard de Francs et un effectif de 1700 personnes en 2000, le Groupe Euriware poursuit sa croissance.

M. Luc BOUCHER (Directeur de l'Agence ITO (Infrastructure et Technologie Objet))

ILOG

Un logiciel se constitue de plus en plus à partir de composants. Société créée en 1987, ILOG édite des composants logiciels à destination de développeurs d'applications, dans les domaines de la visualisation (exemple supervision du contrôle aérien), de la mise au point de moteurs d'inférence (exemple: implémentation logicielle de la gestion de stocks en ligne) et de

l'optimisation (exemple: allocation optimale du garage d'avions dans un aéroport). L'un des leaders mondiaux en production de composants logiciels (520 employés dans sept pays, près de 2000 clients dans le monde).

M. Jean-François ABRAMATIC (Vice-Président R&D)

IBM

M. Gilles RAGUENEAU, Directeur des Relations Extérieures

M. Alain de PENA, Directeur de la Propriété Intellectuelle

Linbox

Linbox développe et commercialise une gamme de technologies et de services solutions réseau utilisant l'architecture réseau LNA (Linbox Network Architecture) et l'infrastructure LSI (Linbox Solution Infrastructure). Partenaires: éditeurs indépendants et partenaires technologiques (dont IBM global services).

M. Jean-Pierre LAISNÉ (Président)

MICROSOFT

Mme Véronique ETIENNE-MARTIN, Responsable des relations institutionnelles

M. Olivier EZRATTY, Directeur du Marketing et de la Communication

M. Bernard GURGHANLIAN, Directeur Technique

Polyspace Technologies

PME éditrice de logiciels, créée en janvier 1999 pour exploiter les résultats de travaux entrepris par l'INRIA sur la vérification de codes en vue de tendre vers le zéro défaut. Clientèle: entreprises développant des logiciels exigeant un haut niveau de sûreté de fonctionnement dans les domaines de l'aéronautique, de l'automobile, etc. Société en pleine croissance.

M. Daniel PILAUD (Président)

Renault

M. Elie SROUR, Chef du Département Propriété Intellectuelle

Thomson Multimedia

M. Bernard ROUVRAIS

Senior technical adviser, research and innovation

M. Jianguo ZHANG

Directeur

European Patent Operations

Associations, Réseaux Technologiques

AFUL (Association Francophone des Utilisateurs de Linux)

⁴ M. Roucairol a été entendu à la fois au titre de ses activités au RNTL et dans la société Bull.

M. Bernard Lang, Secrétaire

ANRT (Association Nationale de la Recherche Technique)

M. Denis Randet, Délégué Général
Mme Gaële Valet

CNCPI (Compagnie Nationale des Conseils en Propriété Industrielle)

M. Patrice VIDON (Président)
M. Bruno QUANTIN (Secrétaire)
M. Bertrand WARUSFEL (conseiller juridique)

MEDEF

M. Thierry SUEUR (Président du Comité de la Propriété Intellectuelle), Eau AIR Liquide (Président de la Propriété Intellectuelle)

M. Christian N'GUYEN (Directeur de la Propriété Intellectuelle à Thalès)

M. Jacques COMBEAU (Consultant en innovation)
M. Patrick SCHMITT (Chef de Service Recherche et Innovation du MEDEF)

M. Gérard LEFRANC (Thalès Intellectual Property – TPI)

RNTL (Réseau National des Technologies Logicielles)

M. Gérard ROUCAIROL (Président du Comité d'Orientation)

Syntec Informatique

(Chambre Syndicale des SSII et Editeurs de Logiciels)

M. Alain BOUVIALA (Président de la Commission Juridique et Administrateur)

Mme Anne de la TOUR (Délégué Juridique)

Etablissements d'Enseignement et/ou de Recherche

CEA

M. Didier JUVIN

DSTI

M. Philippe CHENE

DRT Ile de France

CNRS

M. Joseph Baixeras, Délégué aux Entreprises

M. Sébastien CHIRIE, France Innovation Scientifique et Transfert

M. Christian MICHAU, Direction de la Stratégie et des Programmes

Ecole Normale Supérieure de Cachan

M. Michel BIDOIT (Directeur du Laboratoire Spécification et Vérification (LSV))

INRIA (Institut National de Recherche en Informatique et Automatique)

M. Laurent KOTT (Délégué Général au transfert technologique)

Universitaires

M. Jean-Michel DALLE

Economiste

Coordinateur du projet RNTL «Nouvelle Economie Du Logiciel»

Responsable De L'ERT «Nouveaux Modèles Economiques»

M. François HORN

Docteur en Sciences Economiques

Enseignant en Sciences Economiques et en Informatique

Université Charles de Gaulle - Lille III

IFRESI-CNRS

Professeur Michel VIVANT

Professeur de Droit, Université de Montpellier

Magistrats

Mme GARNIER

Conseillère à la Cour de Cassation