

Julie Forner
Arnaud Fouquaut

Les brevets logiciels

Séminaire Nouvelles Technologies – M. André Lucas – Jeudi 1er février 2007
Master 2 Recherche Propriété Intellectuelle – Université de Nantes

Introduction

Le logiciel est un programme d'ordinateur. Il se compose de deux parties : le code source et le code compilé. Le code source est la version compréhensible par l'homme du logiciel. Ce code correspond à la première étape de conception de celui-ci. Il contient l'ensemble du logiciel, exprimé dans un langage de programmation. Le code binaire, correspond à la version du logiciel telle qu'elle est disponible pour l'utilisateur et compréhensible par l'ordinateur. Pour obtenir le code binaire, il est nécessaire de réaliser une compilation du code source.

En vue de rendre plus facilement compréhensible le processus de la compilation, pour faire une analogie, ce processus est un peu comparable à ce qui se passe lorsque l'on réalise un gâteau. Pour fabriquer un gâteau, il est nécessaire de connaître les ingrédients qui le composent, la recette (dans une langue que l'on maîtrise) ainsi que la durée de la cuisson.

Pour fabriquer un logiciel, les ingrédients correspondent aux mots utilisés dans le code source. Le code source est en quelque sorte la recette de cuisine, identifiée dans une langue qui correspond au langage de programmation. Enfin, la cuisson est comparable à l'étape de la compilation. Ultime étape, l'utilisation du logiciel, s'identifie au délicieux réveil des papilles constituant la dégustation du gâteau.

Cela étant, si les ingrédients composant les gâteaux sont connus, la recette utilisée par les grands chefs autres industriels de l'agro-alimentaire est souvent secrètement gardée. En ce qui concerne les logiciels, certains fabricants divulguent leur recette, notamment les éditeurs de logiciels libres¹. S'ils existent depuis plusieurs décennies, ce n'est que depuis quelques années qu'ils sont massivement diffusés, notamment sous l'impulsion du succès du système d'exploitation GNU/Linux.

Allant à l'encontre du concept de secret de fabrication, le système du brevet permet la divulgation de la conception d'une invention. En contrepartie, l'État accorde au titulaire du brevet un monopole d'exploitation sur celui-ci. Au contraire, les systèmes du droit d'auteur et du copyright n'exigent pas de divulgation de la méthode utilisée lors de la création pour que l'œuvre puisse bénéficier d'une protection, sa simple création, pourvue qu'elle soit originale, est suffisante.

1 Pour plus d'explications sur les logiciels libres, voir l'annexe n°1

Il n'en demeure pas moins que la question de la protection juridique des logiciels est très récente. Ce n'est qu'en 1964, avec l'IBM 360, que l'ordinateur pénètre dans le monde des petites et grandes entreprises. A cette époque, les ordinateurs étaient commercialisés d'une manière indissociée (*bundling*). Allant bien au delà du phénomène de vente liée observable actuellement², le transfert d'un logiciel d'un ordinateur à un autre était impossible : chaque ordinateur ayant ses logiciels spécifiques. La réalisation de copies illicites n'était alors pas possible. Dès lors, la question de la protection du logiciel ne se posait pas encore véritablement.

En 1968, IBM ainsi que ses concurrents, abandonnent la pratique du *bundling* et décident de commercialiser les logiciels séparément³ de l'ordinateur. Afin d'empêcher le piratage de ces derniers et de protéger les investissements réalisés permettant leur conception, une solide protection juridique est nécessaire.

Cette protection devient d'autant plus indispensable que la valeur économique des logiciels a également beaucoup évolué. Dans les années 1960, les logiciels ne représentaient aucune valeur marchande, ou quasiment. C'est pourquoi leur protection juridique ne cachait que des enjeux théoriques. En effet, c'est surtout le matériel (le hardware) qui représentait le « *centre de gravité* »⁴ de l'économie de l'industrie informatique.

Au cours des années 1970, les constructeurs de matériel informatique, IBM en tête, se délaissent du développement de plus en plus complexe des logiciels. Cela permet l'avènement d'éditeurs de logiciels indépendants des fabricants de matériel. Dès lors, on assiste à l'émergence du modèle économique des logiciels « captifs ». En vue de protéger le logiciel, le code source, autrefois parfois distribué gratuitement avec le matériel, est couvert par un secret de fabrication. Cette pratique rend techniquement beaucoup plus difficile la compréhension du fonctionnement du logiciel⁵. La modification du logiciel devient difficile, et seule la copie pure et simple de celui-ci reste possible.

Au cours des années 1980, apparaît le PC. La marchandise est alors standardisée et les prix diminuent notablement, augurant les débuts de l'explosion de l'informatique. En même temps, l'économie du logiciel prend une part de plus en plus importante. De puissants éditeurs de logiciels apparaissent dans le paysage de l'industrie informatique, à l'image de MicroSoft par exemple.

2 Notons que les phénomènes de « vente liée » d'un ordinateur avec un ou des logiciels existent toujours. Pratique devenue interdite, elle donne lieu a quelques applications jurisprudentielles : Tribunal de Proximité, Rennes, 06 juillet 2006 (publié sur <http://aramis.obspm.fr/~coulais/LogicielsLibres/Detaxe/JugementCRESP-ASUS_06.07.06.pdf>), Juridiction de proximité de Luneville du 05 juillet 2006 (non publié)

3 Les conditions d'utilisation des logiciels se font alors par le biais de licences d'utilisation.

4 « Les logiciels libres face au droit », Étienne Montero, éditions Bruylant, 2005

5 Les techniques d'ingénierie inverses permettent néanmoins de comprendre le fonctionnement du logiciel.

Le logiciel, tout comme les bases de données⁶, n'existait pas lors de la création du brevet ou du droit d'auteur. Néanmoins, notamment en raison de l'aspect éminemment industriel de cette création abstraite, la doctrine envisage comme possible l'insertion du logiciel dans les cadres classiques des protections offertes par propriété intellectuelle, notamment par le brevet⁷.

Quoiqu'il en soit, depuis quelques années, les discussions autour de la brevetabilité du logiciel n'ont cessé de rebondir. En effet, un projet de directive communautaire avait mis à l'ordre du jour la protection des logiciels par le brevet. À travers les puissants mouvements de lobbying qui se sont emparés de la question, les débats entourant ce projet de norme communautaire ont mis au jour les enjeux juridiques, économiques et politiques considérables qui entourent cette question.

En outre, la protection des logiciels se trouve au carrefour des deux composantes de la propriété intellectuelle que sont, classiquement, la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle. Il convient alors de s'interroger sur le point de savoir si un logiciel peut être protégé par un brevet.

L'apparente non brevetabilité du logiciel (I), ne doit pas occulter, dans l'attente d'une réponse claire, les contestations de la protection juridique actuelle (II).

Plan :

- I) L'apparente non brevetabilité du logiciel
 - A) Le logiciel, une création protégée par le droit d'auteur
 - B) La brevetabilité d'une invention comportant un logiciel

- II) Une protection juridique contestée en attente d'une réponse claire
 - A) Quand les contestations éclatent au grand jour
 - B) L'attente d'une réponse claire

6 Notons que les bases de données bénéficient d'une protection *sui generis* reposant sur le droit d'auteur.

7 Le Professeur André Lucas envisage la protection des logiciels par le brevet dans sa thèse « La protection juridique des créations industrielles abstraites » (1973)

I. L'apparente non brevetabilité du logiciel

Il convient d'analyser l'état du droit positif au regard de la protection des logiciels. Si aujourd'hui, le logiciel est protégé par le droit d'auteur (A) il n'est cependant pas totalement ignoré par le droit des brevets (B).

A. Le logiciel, une création protégée par le droit d'auteur

La protection du logiciel par le droit d'auteur ne s'est pas imposée d'elle-même.

Pour retrouver les origines de la protection par le droit d'auteur, il faut d'abord se rendre outre-atlantique. C'est en effet aux États-Unis que pour la première fois fut proposée la protection des logiciels par le droit d'auteur⁸. Proposition concrétisée implicitement deux ans plus tard par l'acceptation d'un dépôt de logiciel par le *copyright office*.

Les juristes européens se sont véritablement intéressés à la protection des logiciels qu'à partir des années 1970. Très rapidement, deux thèses se sont affrontées opposant les partisans de la protection des logiciels par le droit d'auteur⁹ et ceux estimant que le droit d'auteur ne pouvait être étendu aux logiciels¹⁰.

Par ailleurs, les créateurs de logiciels ainsi que les investisseurs dans ce domaine, quant à eux, se tournèrent vers une protection par le droit d'auteur. Pour des raisons essentiellement pratiques : la protection du logiciel est alors reconnue dans la plupart des pays du monde¹¹ sans pour autant recourir au lourd formalisme entourant le brevet.

En France, il convient de remarquer que l'on a envisagé la protection par le brevet. Cependant, cette solution a très vite été écartée : en 1968 le législateur français est intervenu afin d'exclure expressément la possibilité de

8 Banzhaff III J., « *Computer protection for computer programs* », 1964, Columbia L. Rev. 1274.

9 Le professeur allemand Eugen Ulmer, concluait à « *la protection possible des programmes d'ordinateurs par le droit d'auteur* » dans « Copyright protection of scientific works with special reference to computer programs », 2 IIC 56 1971, traduction française RIDA octobre 1972, n°74 p. 47. Thèse également reprise par le professeur Henri Desbois.

10 Les professeurs André Lucas et Robert Plaisant soulignent l'absence « *de caractère littéraire et artistique* » des logiciels ainsi que « *le caractère inadapté de la protection* » proposé par la propriété littéraire et artistique.

11 La convention de Berne reconnaît le droit d'auteur. La plupart des pays du monde étant signataire de cette dernière, en s'appuyant sur le droit d'auteur, la protection des logiciels devient envisageable quasiment partout dans le monde.

breveter les programmes d'ordinateur¹².

Quoiqu'il en soit, pour qu'une création puisse bénéficier de la protection par le droit d'auteur le droit français requière qu'une œuvre soit originale. Ce critère est satisfait par l'empreinte de la personnalité du créateur. Dès lors, la question était de savoir si un logiciel pouvait être qualifié d'œuvre originale.

Les premières jurisprudences se sont accordées pour affirmer que les logiciels sont des créations originales et donc protégeables par le droit d'auteur¹³. Néanmoins, un arrêt de la Cour d'Appel de Paris était venu jeter le trouble en refusant cette protection, estimant que le logiciel n'était pas une création originale en affirmant « *qu'on ne saurait assimiler à une œuvre de l'esprit la création de logiciels [...] quelle que soit la complexité technique [...] d'un logiciel ou de la mise en programme d'ordinateur, il s'agit, en définitive, d'un assemblage technologique qui requiert parfois d'habiles électromécaniciens mais qu'il n'y a pas lieu de « sacraliser » au point de le hisser au rang des œuvres de l'esprit prévues par la loi de 1957.* »¹⁴

La perplexité face à cet arrêt, qui ne pouvait être plus précis, conduit à l'intervention du législateur. Et c'est en 1985¹⁵, après avoir écarté une protection par une loi *sui generis*, que le législateur modifie l'article 3 de la loi de 1957 afin d'y intégrer les logiciels¹⁶ ¹⁷. Dès lors, il est interdit de nier tout caractère original au logiciel. Cependant, cette loi ne transfère pas purement et simplement le régime du droit d'auteur au logiciel. En effet, sur les sept articles introduits, trois dérogent aux dispositions de la loi de 1957 sur le droit d'auteur.¹⁸, rapprochant le régime des logiciels au droit des brevets.

12 Cette solution a également été reprise par la Convention de Munich (1973) dans son article 52. Le code de la propriété intellectuelle prévoit également la même protection (article L. 611-10, 2° du CPI).

13 CA Paris, 4e ch. A, 2 nov. 1982 : D. 1982, inf. rap. p. 481 ; Gaz. Pal. 1983, 1, p. 117, note J. R. Bonneau. – TGI Paris, réf., 14 juin 1983 : Gaz. Pal. 1983, 2, p. 468 ; D. 1983, inf. rap. p. 308. – TGI Paris, 1re ch., 21 sept. 1983 : D. 1984, p. 77, note C. Le Stanc et 1985, inf. rap. p. 40, obs. J. Huet ; JCP G 1984, II, 20249, note J.-M. Wagret ; RJ com. 1984, p.59, note Ph. Le Tourneau. – TGI Paris, 3e ch., 27 juin 1984 : Gaz. Pal. 1985, 1, p. 66, note J. R. Bonneau.

14 CA Paris, 13e ch., 4 juin 1984 Atari c/ Sidam et Valadon, JCP 1985, II, 14409, note M. Vivant selon lequel « *l'affirmation de la Cour de Paris est la bienvenue* ».

15 Loi du 3 juillet 1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes-interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle.

<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=LEX_SIMPLE_AV90&nod=1LX_985660>

16 Les logiciels sont ajoutés à la liste des œuvres de l'esprit de l'article L 112-2 du CPI.

17 Par la suite, une question s'est posée à propos de la protection juridique des jeux vidéos. Peut-on les réduire à un simple logiciel ou constituent-ils une œuvre multimédia ? La réponse est claire depuis un arrêt de la Cour de Cassation du 21 juin 2000 qui qualifie que le jeu vidéo peut être qualifié de logiciel et donc être protégé par le droit d'auteur.

18 Et notamment la durée de protection a été abaissée à 25 ans par la loi du 1er juillet 1992 (codifiée à l'article L 123-5 CPI) mais abrogé lors de la transposition de la directive du 11 mai 1991 par la loi du 10 mai 1994. Cependant, certains aspects proches du droit des brevets subsistent, à l'image de la présomption de titularité des droits d'auteur de l'employeur.

Par la suite, la jurisprudence fera une application fidèle de la loi de 1985, y compris lorsqu'elle n'était pas directement applicable à des affaires nées avant la promulgation de cette loi¹⁹. Ainsi, trois arrêts rendus le 7 mars 1986 par l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation²⁰ font une application de la loi de 1957 à la lumière des nouvelles dispositions législatives. La Cour estime qu'un « *logiciel, dès lors qu'il est original, est une œuvre de l'esprit protégée par la loi sur le droit d'auteur* ».

Dans le même temps, le recours au droit d'auteur s'imposait un peu partout et notamment aux États-Unis, au Japon, en Allemagne et au Royaume-Uni.

Enfin, par une loi du 10 mai 1994, le législateur a transposé la directive communautaire du 14 mai 1991²¹ concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur. Ainsi, dans son article premier cette directive consacre la protection juridique des programmes d'ordinateur²² par le droit d'auteur. Il dispose que « *conformément aux dispositions de la présente directive, les États membres protègent les programmes d'ordinateur par le droit d'auteur en tant qu'œuvres littéraires au sens de la convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Le terme « programme d'ordinateur », au fin de la présente directive, comprend le matériel de conception préparatoire.* »

La protection du logiciel par le droit d'auteur est donc clairement établie aujourd'hui; pour autant le logiciel n'est pas totalement exclu du domaine du brevet.

B. La brevetabilité d'une invention comportant un logiciel

La propriété littéraire et artistique protège la forme donnée par le créateur à son œuvre. Dans le cas du logiciel, elle est susceptible de s'appliquer aussi bien au code source qu'au code binaire. Le droit d'auteur protège le créateur contre une éventuelle reproduction de son œuvre. Si une reproduction de la forme est constatée, l'auteur du logiciel bénéficie d'une action en contrefaçon.

19 La non rétro-activité des lois empêche l'application d'une loi rétroactivement

20 Babolat c/ Pachot ; Atari c/ Valadon (consultable sur <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnDocument?base=CASS&nod=CXRAX1986X03X0PX00095X001>>); Williams Electronic c/ Mme Tel : Exp. 1986 n°82 p. 63 note A. Bertrand; Dalloz 1986, J, 405, note B. Edelman; JCP 1986, 14713, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant; RDPI 1986 n°3 p. 203 concl. J. Jonquères.

21 Directive CE n°91/250 du Conseil du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, publiée au JOCE L 122/42, 17 mai 1991.

22 Assimilé à des œuvres littéraires en tant que texte fonctionnel véhiculant de l'information exprimée dans un nouveau langage

Qu'en est-il pour la protection des fonctionnalités du logiciel ? Le programme d'ordinateur permet d'obtenir un résultat ou d'effectuer une tâche²³. La Cour de cassation, dans un arrêt du 13 décembre 2005, a affirmé que « *les fonctionnalités d'un logiciel, définies comme la mise en œuvre de la capacité de celui-ci à effectuer une tâche précise où à obtenir un résultat déterminé, ne bénéficient pas, en tant que telles, de la protection du droit d'auteur dès lors qu'elles ne correspondent qu'à une idée* ».

De plus, l'article 52-2-c de la convention de Munich exclut les programmes d'ordinateur de la protection par le brevet²⁴. Cependant il faut préciser que cette convention exclut expressément les programmes d'ordinateur « *considérés en tant que tel* »²⁵. Par principe, un brevet protège une invention nouvelle. Avec l'évolution de la technique, certaines inventions sont mises en œuvre par ordinateur, rendant celles-ci dépendantes de logiciels²⁶.

Avec l'apparition puis l'expansion de ces nouvelles inventions, la question était alors de savoir si la protection par un brevet devait s'étendre à ce type d'inventions. Initialement la réponse était négative, peut être par peur d'un cumul de protection. Progressivement la tendance s'est inversée et la réponse est devenue affirmative.

En effet, l'Office Européen des Brevets accorde des brevets sur invention contenant un logiciel mais également sur des logiciels en tant que tel. Cependant il n'existe aucune consécration officielle de la protection du logiciel par le droit des brevets²⁷. En France par exemple, depuis la jurisprudence Schlumberger²⁸ « *un procédé ne peut être privé de la brevetabilité pour le seul motif qu'une ou plusieurs de ses étapes sont réalisées par un ordinateur devant être commandé par un programme* ».

Plus récemment, une décision du tribunal de grande instance de Paris du 10 juin 2005²⁹ rappelle la protection par un brevet des inventions mises en œuvre par ordinateur. En effet, après avoir rappelé que l'article L 611-10 du CPI ne concerne que les programmes d'ordinateurs en tant que tels, le TGI a

23 C'est d'ailleurs pour cela que la protection par le droit des brevets a été envisagée et est envisageable.

24 L'article 52 2) de la Convention de Munich de 1973 prévoit « ne sont pas considérés comme des inventions au sens du paragraphe 1 notamment : [...] c) [...] ainsi que les programmes d'ordinateurs »

25 L'expression est de Mme Mireille Buydens « la problématique de la brevetabilité des logiciels : antécédents et conséquences du rejet de la proposition de directive du Parlement et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur », IRPI, « La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens », colloque 16 et 17 juin 2005.

26 Exemples de telles inventions : la détection de conditions dangereuses quand on conduit une automobile et la réaction automatique à de telles conditions ; des distributeurs automatiques pour fournir de l'argent liquide à divers emplacements dans le monde ; la commande de véhicules par des procédés modernes d'injection de carburants ou de commande d'un système hybride...

27 V. infra « quand les contestations éclatent au grand jour »

28 Cour d'Appel de Paris, 15 juin 1981, Schlumberger.

29 Propriété Industrielle, n°6, juin 2006, p. 10 « Actualité du logiciel », Stéphanie Carre

jugé « *qu'en l'espèce, les revendications considérées ne portent pas sur un logiciel considéré en tant que tel, mais sur un procédé décrit étape par étape et mettant en œuvre des moyens définis par leur fonction ; qu'ainsi, il est indifférent que ces fonctions puissent être assurées par tels ou tels logiciels dès lors que ceux-ci ne sont revendiqués en tant que tel et que le procédé décrit est de nature à produire un effet technique matérialisé par la transmission du message sous forme anonyme ; que le résultat recherché est la simplification d'échanges de messages anonymes entre utilisateurs de téléphone mobile.* »

Par conséquent, en droit positif, ce n'est pas le logiciel en tant que tel qui peut être breveté mais l'invention qui contient celui-ci. Cela n'empêche pas le brevet d'être présent dans la sphère des logiciels.

Si un brevet est admis officiellement, tel que le conçoit la pratique de l'OEB, il ne protégera pas le logiciel dans son ensemble. Le droit d'auteur et le brevet se « partageront » la protection. Ils couvrent, en effet des aspects différents du logiciel. Le brevet « *ne fait que réserver des droits sur un ou plusieurs aspects techniques nouveaux et inventifs qui sont mis en œuvres sous cette forme logiciel* »³⁰. Dès lors, le code source et le code binaire ne sont en rien protégés par le brevet. La protection par le brevet n'intervient que lorsque le logiciel est contenu dans une innovation. L'expression « brevet logiciel » tel qu'elle est utilisée aujourd'hui par la doctrine, en visant le cas du logiciel inclut dans une invention brevetée n'est-elle pas trompeuse ? En effet, il est certain qu'un brevet ne protège jamais un logiciel « *en tant que tel* ».

Reste à déterminer la définition du caractère technique d'une invention. En effet, tous les pays européens ainsi que l'OEB³¹ n'ont pas tout à fait les mêmes exigences. L'OEB n'a jamais clairement défini ce qu'était « *la technicité d'une invention* » néanmoins, au fil de sa jurisprudence se sont tout de même forgés certains critères négatifs. Elle précise que :

- La technicité ne peut résulter du simple fait que le logiciel met en œuvre des courants électriques au sein de l'ordinateur.³²
- La technicité n'est pas exclue du simple fait que l'invention se compose d'un logiciel et d'un ordinateur, dès lors que ce système offre, fût-ce de façon implicite, une solution technique à un problème technique.³³
- La technicité ne peut résulter du simple fait que les revendications sont formulées de façon technique.³⁴
- La technicité ne sera pas présente lorsque l'invention revendique une méthode à finalité non technique pour traiter des informations non

30 É. Montero, « Les logiciels libres face au droit », éditions Bruylant, 2005

31 OEB : Office Européen des Brevets

32 Décision Koch et Sterzel du 21 mai 1987, T0026/86

33 Décision Sohei du 31 mai 1994, T0769/92

34 Décision Pension Benefit Systems du 8 septembre 2000, T931/95

techniques.³⁵

- La technicité ne sera pas présente lorsque l'invention consiste exclusivement en une contribution à l'état de la technique dans un domaine exclu par l'article 52.³⁶

Le seul élément positif d'une définition se trouve dans la décision IBM du 1^{er} juillet 1998 qui affirme que « *le caractère technique s'oppose au caractère abstrait* »³⁷.

La projet de directive³⁸ s'accorde sur une définition du caractère technique d'une invention en s'inspirant d'une jurisprudence allemande.³⁹ Quoiqu'il en soit, l'acceptation d'un brevet par l'OEB n'entraîne pas la validation du brevet devant une juridiction nationale⁴⁰. En outre, l'absence de définition claire de l'effet technique « *entraîne une jurisprudence un peu erratique et parfois contradictoire* »⁴¹.

Par ailleurs, la tendance à l'évolution la brevetabilité des logiciels ou plutôt des inventions mises en œuvre par ordinateur, peut s'expliquer notamment pour des raisons économiques à l'aune du droit comparé.

Aux États-Unis, toute invention utile faite par l'homme est susceptible d'être brevetée⁴². Dès lors, tout comme les méthodes commerciales, les logiciels sont aussi brevetables, à partir du moment où ils sont nouveaux et non évidents. De même, au Japon, les inventions de logiciels sont susceptibles d'être brevetés si une interaction spécifique avec une ressource matérielle est définie dans les revendications. Cette acceptation d'attribuer un brevet au logiciel pour ce qu'il est, aurait eu⁴³ un impact très positif sur l'industrie du logiciel dans ces deux pays.

Au regard des revendications de l'industrie du logiciel, il apparaît nécessaire de faire évoluer la protection juridique des logiciels vers un régime clairement défini.

II. Une protection juridique contestée en attente d'une réponse claire

A. Quand les contestations éclatent au grand jour

Comme nous l'avons vu, depuis de nombreuses années, l'OEB, institué

35 Décision Pension Benefit Systems du 8 septembre 2000, T931/95

36 Décision Catalina Marketing du 17 mars 2005, T0531/03

37 Décision IBM du 1er juillet 1998, T1173/97

38 V. infra projet de directive échoué

39 Arrêt Rote Taube rendu en 1969 par la Cour suprême allemande ; BGH, 27 mars 1969 : IIC 1970, p.136 sq.

40 V. infra projet de directive échoué

41 Christophe Caron « Réflexion sur la coexistence du droit d'auteur et du droit des brevets sur un même logiciel », Rida, 2000

42 AIPPI, « Protection par brevet des inventions associées à des logiciels d'ordinateur », Propriété Industrielle, n°1, Janvier 2007, p. 15

43 Selon l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle (AIPPI).

par la Convention de Munich consacre au sein de sa jurisprudence la brevetabilité des logiciels⁴⁴ en tant que tel et non pas uniquement en tant que partie intégrante d'un brevet.

À ce jour, le chiffre de 30 000 brevets relatifs à des logiciels auraient été délivrés par l'OEB. Ce nombre paraît difficilement vérifiable, étant donné la difficulté de la tâche, néanmoins ce chiffre semble faire objet de consensus⁴⁵. En tous cas, il met au jour l'ampleur de l'importance du phénomène.

Quoiqu'il en soit, au regard de l'état actuel du droit, ces brevets ne peuvent valablement être opposés aux tiers. Par conséquent, la situation juridique de la protection des logiciels par le brevet devait être clarifiée.

Cela explique alors la publication par la Commission d'un livre vert⁴⁶ « *promouvoir l'innovation par les brevets* ». Le Parlement Européen et le Conseil ont alors dû se prononcer quant à la suppression de l'article 52-2-c de la convention de Munich. Cette suppression rendrait alors possible une protection des logiciels à la fois de manière classique, par le droit d'auteur, ainsi que de manière nouvelle, par le brevet.

Un projet de directive communautaire a alors été enclenché. Sans revenir en détail sur le complexe processus de décision au sein des instances communautaires, ce projet de directive suscita très tôt de nombreuses réactions. Quoiqu'il en soit, il fut rejetée à une écrasante majorité⁴⁷ par le Parlement Européen en juillet 2005. Si les rejets par le Parlement Européen sont particulièrement rares dans l'histoire de la communauté européenne, en l'espèce, au regard de la procédure utilisée, ce rejet a mis fin au projet de directive.

Remarquons également que le projet de directive ne visait pas uniquement la question des brevets logiciels, d'autres aspects de la directive visaient, par exemple, des questions relatives aux brevets pharmaceutiques. Néanmoins, c'est la question du logiciel, et les débats houleux qui entouraient cette question, qui a attiré toutes les attentions.

Quels étaient les arguments de chacun ?

44 Les deux affaires IBM (1er juillet 1998, T1173/97) et l'affaire Philipps (15 mars 2000) le témoignent

45 Le nombre est annoncé par la FFII mais également par des pro-brevet, à l'exemple de Pierre Bressé : <http://www.zdnet.fr/actualites/informatique/0,39040745,39125528,00.htm>. En avril 2000, Christophe Caron évoquait « *13 000 brevets européens portant sur des logiciels* » (RIDA, n°184, avril 2000 p. 3). Il semble toutefois nécessaire de le relativiser au regard du nombre de brevets logiciels lorsqu'ils sont recevables. Par exemple, aux États-Unis, alors qu'ils sont admis depuis les années 90, ils étaient estimés en l'an 2000 à environ 3000.

46 Il convient de distinguer livre blanc et livre vert. Ce dernier, lorsqu'il est publié par la Commission Européenne, vise à lancer le débat sur une thématique précise. En revanche, un livre blanc vise davantage à donner naissance à une décision politique. Source : <http://www.europeplusnet.info/article529.html>

47 Pour être précis, lors du vote, 648 voix se sont exprimées contre le projet, 143 voix pour, et 18 se sont abstenus

D'un côté, les pro-brevets soutenus par une part importante de l'industrie des éditeurs informatiques. En visant l'adoption des brevets logiciels, ils estiment que la protection d'un logiciel par le brevet serait un formidable levier pour l'économie⁴⁸. Par ailleurs, de façon beaucoup plus stratégique, ils voient également dans le brevet logiciel un excellent moyen de freiner l'évolution notable des logiciels libres. De même, l'O.E.B. soutenait l'adoption des brevets logiciels, en vue notamment de rendre compatible avec le droit positif sa jurisprudence fort clémente envers les brevets logiciels.

De l'autre côté, les anti-brevets comptaient dans leurs rangs, pour l'essentiel, des partisans du logiciel libre. Leur contre-lobbying, de par sa visibilité, a été particulièrement puissant⁴⁹ : il est sans aucun doute à l'origine de l'échec de cette directive. Quoiqu'il en soit, les opposants aux brevets logiciels voient dans la possibilité de breveter un logiciel la fin de tout leur mode de développement au regard du blocage de la création que constituerait celui-ci. La durée du monopole qui empêcherait la reproduction de l'innovation pendant une durée excessive⁵⁰. Ensuite, le coût d'un brevet et l'important formalisme qui l'accompagnent ne rend pas cette solution de protection la plus attractive.

Par conséquent, l'arrivée de la brevetabilité d'un logiciel changerait complètement la donne. S'il est toujours possible de s'inspirer de l'idée d'un logiciel pour en faire un autre à peu près équivalent, cela ne devient plus possible en cas de présence d'un brevet. La variété des langages de programmation et les choix de l'auteur d'un logiciel permettent d'obtenir des logiciels équivalents mais non identiques. En revanche, la présence d'un brevet empêche la possibilité de trouver des alternatives puisque « *l'effet technique* » du logiciel est très proche, sinon identique, quand bien même les deux codes sources seraient différents.

En outre, les brevets logiciels semblent avoir des aspects parfois très bloquants. Le brevet « 1-Click »⁵¹ d'Amazon.com a ainsi fait couler beaucoup d'encre chez les anti-brevets. Ce brevet permet au client d'un site Internet d'entrer une seule fois son numéro de carte bancaire et son adresse. Ensuite, celui-ci n'a plus qu'à cliquer (une seule fois) pour commander tout achat sur le site Internet.

Si une telle solution peut s'avérer intéressante pour le client, lors de la demande du brevet, un tel procédé ne semblait toutefois ne pas avoir de réel aspect innovant, en tous cas pour l'homme du métier⁵².

48 La présence des brevets logiciels en tant que stimulation pour l'économie reste toutefois un point contesté : <<http://www.researchoninnovation.org/patent.pdf>>

49 Des organisations favorables au logiciel libre (FFII par exemple) se sont consacrées uniquement à la question de la brevetabilité du logiciel, notamment en publiant, via Internet, de nombreux articles relatifs à cette question : <<http://www.ffii.fr>>

50 Au regard de la vie d'un produit sur le marché du logiciel, et plus généralement de l'informatique, il va sans dire qu'une durée de vingt ans est excessivement longue!

51 Le brevet est consultable sur <<http://www.google.com/patents?vid=USPAT5960411>>

52 Voir, par exemple, à ce propos les vives réactions suscitées par ce brevet : <<http://slashdot.org/articles/99/10/12/1826242.shtml>>

En présence de brevets logiciels, il faudrait s'attendre à la mise en place de licence d'exploitation des brevets. Cela étant, le prix de celles-ci pourrait être important, ce qui freinerait la volonté d'acquérir des licences. En outre l'évolution constante des logiciels, rend vite désuètes les innovations. Par ailleurs, la présence d'un brevet, limite les possibilités de développement pour un autre logiciel de fonctionnalités équivalentes à celles qui ont déjà fait objet d'un brevet. Dans ces conditions, le brevet peut alors constituer un sérieux frein à l'innovation, dans un secteur qui a pourtant su, jusqu'à présent, se montrer particulièrement innovant.

Quoiqu'il en soit, le projet de directive a été rejeté. Cette situation est d'autant plus étonnante qu'elle semble refléter un large consensus. Les anti-brevets estimaient cette directive évidemment incompatible avec leur position. Plus étonnant, les pro-brevets voyaient dans la directive proposée, telle qu'elle était amendée, un texte vidé de sa substance. Par conséquent, la directive a été massivement rejetée. Au final, le *statut quo* semble satisfaire tout le monde ... pour combien de temps encore ?

B. L'attente d'une réponse claire

Depuis l'échec de la directive, chacun campe sur ses positions. L'O.E.B. poursuit sa pratique, quant au lobbying, il est bien entendu toujours présent.

À l'heure actuelle, le constat est à l'immobilisme. Le logiciel en tant que tel est protégé par le droit d'auteur, et l'invention comportant un logiciel l'est par le brevet. Il n'y a donc pas de confrontation de protection.

Néanmoins, en présence de brevets logiciels, certains auteurs doutent que la cohabitation ne se fasse sans problème. À titre d'exemple Jacques Raynard affirme « *qu'on peut avoir des difficultés à penser qu'il n'y aura pas quelques frictions entre les deux corps de règles opérant sur des objets si proches et, finalement sur le même support économique* »⁵³.

Un cumul de protection entraînerait un grand trouble pour la protection du logiciel. En effet, les régimes du droit d'auteur et du brevet diffèrent sur plusieurs points sensibles, notamment en ce qui concerne la titularité des droits de propriété intellectuelle (un inventeur salarié n'est pas soumis au même régime que l'auteur salarié), le régime fiscal ainsi que la durée de protection.

Même si cette hypothèse d'un cumul nous paraît très hypothétique, elle permet d'attirer notre attention sur la différence de régime entre le brevet et le droit d'auteur.

53 M. Raynard, « les risques d'une intervention juridique nouvelle. » IRPI la propriété intellectuelle en question.

Ces régimes sont-ils adaptés à la protection du logiciel ?

Le régime actuel du droit d'auteur tel qu'il est applicable aux logiciels montre l'embarras du législateur. Cela procure la sensation qu'il veut obligatoirement se servir des outils à sa disposition, quitte à les torturer, pour assurer la protection des nouvelles œuvres ou inventions⁵⁴.

Le logiciel est récent et les juristes ne s'y intéressent pas depuis très longtemps. En effet, ce dernier n'existait pas lorsque le régime du brevet et du droit d'auteur ont été conçu. Or, les mesures anciennes peuvent ne pas être compatibles avec les techniques récentes. C'est pourquoi, on estime que le législateur a peut être écarté un peu trop vite un régime de protection par un droit « *sui generis* ».

En effet, pour la protection des bases de données, le législateur a eu recours à un droit « *sui generis* ». Nous ne voulons pas déflorer le sujet d'exposé à venir⁵⁵, néanmoins il faut préciser que le législateur fait référence à « *la personne qui prend l'initiative et le risque de l'investissements correspondants...* ». Il prend plus en considération l'aspect économique de ces créations nouvelles.

Si un droit *sui generis* devait apparaître, celui-ci devrait prendre à son compte les avantages que procurent à la fois le modèle du brevet et le modèle du droit d'auteur, à savoir :

- une protection automatique de l'œuvre partout dans le monde (et sans formalisme particulier, ou peu contraignant)
- une protection des choix des créateurs du logiciel en tant que tel, mais pas de protection au regard des idées contenues dans le logiciel
- la possibilité d'obtenir la disponibilité du code source du logiciel ne peut qu'être réjouissante pour la collectivité : le logiciel gagne en transparence, en fiabilité et celui-ci peut par la suite être compris et amélioré.
- la durée de protection (vingt ans pour le brevet, soixante-dix ans pour le droit d'auteur) semble de toutes évidence beaucoup trop longue pour les logiciels. Il serait préférable d'opter pour une durée de protection plus objective (une durée fixe) et/ou subjective (la durée de commercialisation du logiciel par exemple)

54 Traditionnellement, on oppose la conception du droit français, à la pratique anglo-saxonne des « *commons lawyers* » qui cherchent, via la jurisprudence, des solutions pratiques.

55 Voir l'exposé de Florian Thomas et Soizig Le Leuch à propos du « *droit sui generis des producteurs de bases de données* ».

Annexe n°1 : Les logiciels libres

Un logiciel libre, c'est tout d'abord un logiciel. Cela étant, sa particularité est d'être « libre ». Si la définition est toujours objet de débats⁵⁶, un logiciel libre est classiquement défini comme étant un logiciel qui s'accompagne pour l'utilisateur de quatre libertés⁵⁷ :

- la liberté d'exécuter le programme, pour tous les usages,
- la liberté d'étudier le fonctionnement du programme, et de l'adapter à ses besoins. Par conséquent, l'accès au code source est rendu nécessaire,
- la liberté de redistribuer des copies,
- la liberté d'améliorer le programme et de publier ses améliorations,

Par conséquent, on distingue les logiciels « *captifs* », classiquement appelés logiciels « *propriétaires* ». Cela étant, la qualification de logiciel propriétaire apparaît injuste. En effet, les logiciels propriétaires semblent s'opposer aux logiciels dans le domaine public. Or, un logiciel libre n'est absolument pas dans le domaine public tant qu'il est protégé par les règles de la propriété intellectuelle.

En conséquence de quoi, par logiciel captif il faut entendre que tout ou partie des droits d'auteur sont encore dans les mains du concepteur initial du logiciel en vue de créer une dépendance entre ce dernier et l'utilisateur.

A contrario, un logiciel libre n'enferme pas l'utilisateur dans une dépendance avec le concepteur du logiciel. Cela explique pourquoi la licence qui accompagne un logiciel libre ne va pas viser à restreindre le champ d'action de l'utilisateur mais au contraire, à lui transmettre des droits normalement détenus par l'auteur du logiciel.

On remarquera que la gratuité n'est pas une condition permettant de considérer le logiciel comme libre. Par conséquent, quant bien même la plupart des logiciels libres sont gratuits, ceux-ci peuvent tout à fait être payants et s'inscrire dans un cadre commercial.

⁵⁶ On le voit par exemple avec les licences Creative Commons qui sèment le flou au regard des licences libres : seule une partie minoritaire d'entre elles sont considérées comme des libres, au regard du critère des « *quatre libertés fondamentales* »

⁵⁷ Cette définition est notamment retenue par le projet GNU :
<<http://www.gnu.org/home.fr.html>>

De même, il convient de distinguer les logiciels libres des logiciels « *open sources* », c'est à dire des logiciels dont le code source a été publié. Un logiciel libre est systématiquement open source, car ses sources sont disponibles pour l'utilisateur qui en fait la demande. Cela étant, un logiciel open source n'est pas forcément libre : il ne s'accompagne pas forcément des droits de copie et de modification du logiciel.

Enfin, il convient de remarquer que le phénomène du « libre » s'étend au delà des seules œuvres informatiques. Ainsi, de nombreuses licences libres couvrent des œuvres non informatiques. C'est le cas par exemple de la Licence d'Art Libre⁵⁸.

⁵⁸Licence consultable sur <<http://www.artlibre.org/>>

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES SPÉCIAUX

- J. AZÉMA et J.-C. GALLOUX, « Droit de la propriété industrielle », 6eme édition, Dalloz, 2006
- A. BERTRAND, « Le droit d'auteur et les droits voisins », 2eme édition, Dalloz
- H. DESBOIS, « Le droit d'auteur en France : propriété littéraire et artistique », 3ème édition, Dalloz, 1978
- J.C GALLOUX, « Droit de la propriété industrielle », 2eme édition, Dalloz, 2003
- P-Y GAUTIER, « Propriété littéraire et artistique », 4eme édition, PUF
- X. LINANT DE BELLEFOND, « Droits d'auteur et droits voisins », 2eme édition, 2004
- A. LUCAS, « Le droit de l'informatique », 1987, PUF
- A. et H.-J. LUCAS « Traité de la Propriété Littéraire et Artistique »x, 2eme édition, Litec
- F. POLLAUD-DULIAN, « Le droit d'auteur », 2005, Économica

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- A. LUCAS, « La protection juridique des créations industrielles abstraites », thèse, 1973
- IRPI, « La propriété intellectuelle en question(s), Regards croisés européens », colloque 16 et 17 juin 2005
- IRPI, « Droit d'auteur et droits voisins, la loi du 3 juillet 1985 », Colloque 21 et 22 novembre 1985
- PERLINE et T. NOISETTE, « La bataille du logiciel libre », La découverte, 2ème édition.
- É. MONTERO, « Les logiciels libres face au droit », éditions Bruylant, 2005

ARTICLES DE DOCTRINE

- AIPPI (Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle), « Protection par brevet des inventions associées à des logiciels d'ordinateur », Propriété Industrielle, janvier 2007, p. 15
- J. AZÉMA, « la protection juridique des nouvelles techniques », Mélanges dédiés à Paul Mathély, éditions Litec, 1990
- T. AZZI, « Propriété littéraire et artistique, l'exploitation d'une œuvre au sein d'une compilation n'est pas de nature à porter atteinte au droit moral de l'auteur. », La semaine juridique, édition générale, I, 101, 10 janvier 2007, p.29
- N. BINCTIN, « Le cumul de l'appropriation : du parfum au logiciel » communication, commerce électronique, p. 10, décembre 2006
- P. BREESE, « Brevetabilité des logiciels : un débat d'expert aboutissant à la confrontation entre deux modèles politico-économiques », Revue Lamy droit de l'immatériel, N°1, janvier 2005, p. 11
- C. CARON, « Réflexion sur la coexistence du droit d'auteur et du droit des brevets sur un même logiciel », RIDA, n°184, avril 2000, p. 3
- C. CARON, « Droit de la propriété intellectuelle », La semaine juridique, édition générale I101, 10 janvier 2007, p.23
- S. CARRE, « Actualité(s) du logiciel », Propriété industrielle, juin 2006, p. 10
- J.P. CHALLINE, « le logiciel est-il une œuvre d'art ? », Les petites affiches, 28 juin 1996, n°78, p.30
- A. LUCAS et J. HUET, « la protection des logiciels », IRPI « Droit d'auteur et droit voisin, la loi du 3 juillet 1985 », colloque de l'IRPI, Paris 21 et 22 novembre 1985, p. 23
- R. PLAISANT, « La protection du logiciel par le droit d'auteur », Gazette du palais, 27 mars 1983, p. 348
- E. ULMER « Copyright protection of scientific works with special reference to computer programs », 2 IIC 56 1971 (traduction française disponible dans la Revue Internationale de Droit d'Auteur (RIDA), octobre 1972, n°74, p. 47)
- P. VAN DEN BULCK et T. VERBIEST, « Jeux vidéos : synthèse d'un cadre juridique naissant », La semaine juridique, édition générale, I, 100, 10 janvier 2007, p.17

NOTES DE JURISPRUDENCE

- J. R. BONNEAU, commentaire de l'arrêt de la CA Paris, 4e ch. A, 2 novembre 1982, Gazette du Palais, 1983, 1, p. 117
- L. COSTES, Commentaire de l'arrêt de la Cour de Cassation, Première chambre civile, 13 décembre 2005, X. et Y. c/ Softimage INC. et Microsoft France, Revue Lamy droit de l'immatériel janv 2006, n°343
- B. EDELMAN, commentaire de l'arrêt de l'Assemblée Plénière, 7 mars 1986 Babolat c/ Pachot ; Atari c/ Valadon ; Williams Electronic c/ Mme Tel., D. 1986, JP, p. 405
- A. LUCAS, « Logiciel, distinction entre l'œuvre et son support », commentaire de l'arrêt de la CA Paris 4^{ème} ch. A, 9 mars 2005 Société C COM c/ Microsoft corporation et Microsoft France, Propriétés intellectuelles, juillet 2005/ n°16
- J.-M. MOUSSERON, commentaire de l'arrêt de l'AP le 7 mars 1986 Babolat c/ Pachot ; Atari c/ Valadon ; Williams Electronic c/ Mme Tel., JCP 1986, 14713
- M. VIVANT, commentaire de l'arrêt de la CA Paris, 13e ch., 4 juin 1984 Atari c/ Sidam et Valadon, JCP 1985, II, 14409