

Paris, le 20 septembre 2000

**Conseil Général des Mines
Conseil Général des Technologies de l'Information**

AVIS

SUR LA BREVETABILITE DES INVENTIONS LOGICIELLES

La section Innovation et Entreprises, commune au Conseil Général des Mines et au Conseil Général des Technologies de l'Information, a examiné au cours de sa séance du 18 septembre le rapport d'expert du 30 août 2000 sur la brevetabilité des inventions logicielles, demandé par les deux Conseils Généraux à M. Jean-Paul Smets et joint au présent avis.

Elle a apprécié qu'il apporte de premiers et substantiels éléments de réponse à la demande du Ministre d'une évaluation économique du projet de modification du droit en la matière.

Deux actions importantes sont actuellement en cours au niveau européen dans le domaine des brevets :

- l'une vise, à la suite de la Conférence intergouvernementale de Paris de juin 1999, à instaurer dans l'Union Européenne un brevet communautaire avec pour objectifs de réduire le coût du brevet en Europe et d'en accroître la sécurité juridique par la spécialisation des juridictions européennes compétentes ;
- la seconde, conduite par l'Organisation européenne des brevets (OEB), vise la révision de la Convention de Munich sur le brevet européen. L'OEB a convoqué à cette fin une Conférence diplomatique des Etats à la fin du mois de novembre 2000.

Dans le cadre de cette seconde réforme, la « proposition de base » de l'OEB, qui constitue le document de référence de cette Conférence d'Etats, comporte une proposition spécifique visant la brevetabilité des inventions logicielles, qui étendra à ces inventions le régime des brevets instauré initialement pour les produits matériels et les procédés industriels classiques.

Cette proposition, qui s'appuie sur des prises de position controversées et n'a pas fait l'objet de toutes les consultations souhaitables, donnerait, si elle était retenue, la force d'une loi supranationale à des pratiques dont les effets sur l'innovation et donc la croissance, n'ont pas été suffisamment appréciés. Se situant hors du champ de contrôle de l'Union européenne, elle a fait l'objet, au sein de l'OEB, d'un vote du 8 septembre 2000 acquis à une faible majorité, où de petits pays, comme le Lichtenstein ou Monaco, ont pesé autant que l'Allemagne ou la France qui avait demandé qu'elle soit retirée de l'ordre du jour.

Les deux Conseils Généraux souhaitent attirer l'attention du Ministre sur l'urgence qui s'attache à ce que les représentants français au sein des instances internationales concernées réagissent très rapidement pour obtenir de différer une décision prise sur de telles bases.

1) Le débat actuel sur la brevetabilité des inventions dans le domaine du logiciel

La protection juridique des développements de logiciels s'appuie aujourd'hui en Europe sur une multiplicité de droits. Le droit d'auteur ne protège que la mise en forme finale des logiciels, à l'exclusion de leur contenu. Largement utilisé par les éditeurs de logiciels, il permet de garder secrètes les idées originales, quelquefois nombreuses, mises en œuvre dans un logiciel. Le dépôt des logiciels est de plus pratiquement gratuit. Un droit voisin, sui generis, a été institué en Europe pour les bases de données.

Le brevet, conçu initialement pour les procédés et appareils de l'industrie des deux premières révolutions industrielles, protège les techniques nouvelles (non publiées antérieurement), inventives (non évidentes compte tenu de l'état de l'art) et applicables industriellement. Il consiste à donner un droit exclusif d'exploitation de vingt ans à l'inventeur qui accepte de rendre publique la connaissance de sa technique.

Dans un premier temps les offices de brevet européens ont refusé l'extension du brevet au domaine du logiciel, puis l'ont acceptée quand le logiciel servait dans un procédé ou appareil industriel désigné, mais pas « en tant que tel » C'est l'état existant du droit positif en Europe, traduit par la Convention de Munich.

Le débat actuel porte sur la légalisation de l'extension progressive et de facto par l'OEB de la brevetabilité à toutes les inventions logicielles, sous la condition vague que le programme informatique ait un « effet technique ». La révision proposée par l'OEB consisterait alors à légaliser cette extension en supprimant purement et simplement l'exception à la brevetabilité instaurée par l'article 52 (2) c) de la Convention de Munich pour les programmes d'ordinateur.

2) Les positions s'affrontent

D'un côté, les adversaires de la brevetabilité des logiciels font valoir les effets néfastes observés aux Etats-Unis, depuis l'instauration du brevet dans le domaine du logiciel. Il tend en effet par sa durée (20 ans), héritée d'un autre âge, à réduire l'innovation et les dépenses de R&D. Le privilège monopolistique que confère le droit exclusif d'exploitation s'étend bien au-delà de la durée du cycle d'innovation, qui est de l'ordre de trois ans dans le logiciel, et empêche les inventeurs d'utiliser librement les résultats découverts lors du cycle précédent¹. Surtout il conforte la puissance de très grands groupes oligopolistiques, pour l'essentiel américains, aux dépens des nouveaux entrants, en particulier européens, qui ne disposent pas des mêmes moyens de se défendre.

De surcroît, de nombreux brevets ont été accordés par les offices de brevet pour des « inventions » triviales, n'ayant pas le caractère de nouveauté, voire pour de simples méthodes intellectuelles combinant des opérations réalisables par des logiciels et des opérations exécutées par l'homme, ce qui entraîne une situation confuse, apte à créer à l'échelle mondiale des entraves injustifiées à la concurrence, tant dans le commerce électronique que dans le commerce traditionnel.

Pour les PME éditrices de logiciels, le risque que de grandes entreprises, mieux armées sur le plan du contentieux, les poursuivent en contrefaçon parce qu'elles auraient enfreint des brevets déjà déposés, les encouragera à conserver le secret et à éviter de publier des codes source susceptibles, presque inévitablement, de contenir des sous-ensembles brevetés, ce qui peut être très préjudiciable aux utilisateurs. Ce serait encore plus dommageable pour la promotion des logiciels libres, qui repose sur une coopération permanente entre les développeurs et les utilisateurs et sur la publication des codes source.

¹ Lester Thurow, professeur d'économie au M.I.T., recommande dans son dernier livre, « *Building Wealth* », un système de brevets différenciés selon les domaines d'application, notamment pour la durée du monopole d'exploitation.

Inversement, pour les partisans de la brevetabilité des programmes d'ordinateur, la recherche requiert des investissements de plus en plus lourds et il faut réserver le bénéfice de ses résultats aux entreprises qui ont engagé ces investissements. Le brevet leur apparaît, en ce qu'il confère un droit exclusif, comme le meilleur moyen de rentabiliser l'invention par l'exercice direct du monopole ou par le transfert payant de la technologie. C'est aussi selon eux le moyen d'assurer que la diffusion des résultats de la recherche ne reste pas confidentielle et participe au progrès technologique.

C'est également, en cas d'acquisition, par exemple, d'une « jeune pousse » par une entreprise, un moyen de s'assurer de la sécurité juridique des investissements incorporels et de leur valeur comptable. Les groupes multinationaux souhaitent aussi, par un alignement du droit européen sur la pratique américaine, pouvoir protéger efficacement aux Etats-Unis les architectures logicielles de leurs produits et de leurs procédés.

En résumé, les positions sont très tranchées. Au sein de la profession informatique elle-même, il n'y a pas de consensus.

3) Les propositions de la section commune « Innovation et Entreprises »

Sur la base du rapport de M. Smets et de la discussion auquel il a donné lieu au cours de la réunion du 18 septembre 2000, la section commune Innovation-Entreprises conclut que :

- **L'exception à la brevetabilité des programmes d'ordinateur doit être maintenue lors de la révision en cours de la Convention de Munich.**

Il est urgent de donner aux représentants français à la prochaine Conférence diplomatique les instructions adéquates pour obtenir, soit le retrait pur et simple de l'ordre du jour de toute modification de l'article 52 de la Convention sur le brevet européen, soit un moratoire. Des démarches doivent être entreprises sans tarder auprès des autres membres de l'OEB à cette fin, afin de rassembler au moins une minorité de blocage.

- **La mise en chantier d'un droit de propriété industrielle *sui generis* pour les inventions logicielles doit être engagée, avec l'objectif d'aboutir dans le délai d'un an.**

Le cahier des charges d'un tel droit devrait inclure au minimum les conditions suivantes :

- ◆ la réduction à trois ans de la durée du monopole d'exploitation ; un mécanisme de dérogations à cette durée serait possible, mais de telles dérogations devraient être justifiées et ajustées à l'importance de l'invention et/ou à sa durée de vie exceptionnelle, et être assujetties à des conditions supplémentaires telles que l'octroi de licences obligatoires ;
- ◆ la réduction de la durée de l'examen par l'office des brevets ²
- ◆ le renforcement de l'efficacité de l'examen par l'office des brevets, au regard des deux critères de nouveauté ³ et d'inventivité ⁴.
- ◆ la redéfinition des exclusions, telles que les langages, les interfaces et d'autres composants à déterminer selon les avis des experts des divers sous-domaines de l'informatique.

² Le dépôt avec examen différé peut être envisagé si l'inventeur souhaite prendre date immédiatement. Il conviendrait alors de différer aussi le privilège du monopole d'exploitation afin d'éviter les dépôts de barrage.

³ En s'appuyant sur des documentations adéquates et en donnant accès à des bases de données permettant des recherches d'antériorité efficaces.

⁴ En faisant davantage appel à des experts qualifiés pour apprécier l'inventivité.

- **Les Etats contractants devraient obtenir de l'OEB qu'il cesse de délivrer des brevets à des inventions immatérielles relevant clairement des domaines actuels d'exception.**
Ceci est au minimum nécessaire tant que le dispositif d'un droit *sui generis* n'aura pas été mis en œuvre. Mais la question posée en fait est de savoir si les Etats contractants sont en mesure d'exercer un contrôle efficace sur une institution européenne, elle-même fédérant les offices nationaux dont chaque Etat doit en principe assurer le contrôle effectif pour son propre compte.

* * *

Les deux Conseils généraux approuvent les recommandations de leur section commune.

**Le Secrétaire Général
du Conseil Général des Mines**

Gérard PIKETTY