



Les brevets logiciels

Synthèse

20 janvier 2011

Révision v1.0 20 janvier 2011 par Jeanne Tadeusz
Révision initiale.

Les brevets logiciels
Version construite le 18 janvier 2011 — © April
2 place Sainte-Opportune — 75001 Paris
Site Web : www.april.org
Courriel : contact@april.org

Document réalisé par l'April avec des logiciels libres. Vous êtes encouragés à utiliser, copier, diffuser et modifier ce document selon les termes d'au moins une des licences suivantes : licence Art libre¹ version 1.3 ou ultérieure, licence Creative Commons By Sa² version 2.0 ou ultérieure et licence GNU FDL³ version 1.3 ou ultérieure.

-
1. <http://artlibre.org/>
 2. <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.0/fr/>
 3. <http://www.gnu.org/licenses/fdl-1.3.html>

Table des matières

1	Introduction	3
2	Des dispositions spécifiques pour les œuvres de l'esprit et les applications industrielles	4
2.1	Qu'est-ce qu'un brevet ?	4
2.2	Le droit d'auteur, régime juridique des œuvres de l'esprit	4
2.3	Périmètre du brevet	4
3	Les dangers des brevets logiciels	5
3.1	Le brevet logiciel, danger pour l'innovation	5
3.2	Le brevet logiciel, des coûts économiques et sociaux importants et injustifiés	6
4	Les conséquences potentielles pour le logiciel libre	7
4.1	Incompatibilité des brevets avec le logiciel libre	7
4.2	Adéquation entre Logiciel Libre et droit d'auteur	7
5	Actualité : remise en cause des deux côtés de l'Atlantique	8
5.1	Aux États-Unis, le laissez-faire remis en cause	8
5.2	En Europe, un appel au politique pour plus de précisions	8

1 Introduction

La brevetabilité des logiciels est un des principaux dangers qui menacent logiciel libre aujourd'hui, car il remet en cause les fondements mêmes du partage de la connaissance et de la possibilité d'innovation : le fait que **les idées soient de libre parcours**. En d'autres termes, les idées ne sont pas brevetables ou encadrées par le droit d'auteur. C'est la matérialisation, la forme de l'expression qui est ensuite encadrée juridiquement, soit par le droit d'auteur s'il s'agit d'une œuvre de l'esprit, soit par le brevet s'il s'agit d'une application industrielle.

En conformité avec les législations internationale, européenne et française, les logiciels sont couverts par le droit d'auteur, qui a pour principale caractéristique de permettre à l'auteur d'un logiciel de décider des modalités d'utilisation et de diffusion de son œuvre. C'est donc grâce au droit d'auteur que les licences libres garantissent la possibilité de chacun d'utiliser, d'étudier, de copier, de modifier et de redistribuer les logiciels libres.

Cependant, une poignée d'acteurs souhaite que les logiciels soient régis par le droit des brevets. Celui-ci permettrait au détenteur d'un brevet d'empêcher l'écriture ou l'utilisation de tout autre programme qui emploierait des fonctionnalités, formats ou algorithmes similaires. Cela revient à considérer qu'un détenteur de brevet puisse s'approprier exclusivement une idée informatique. Il disposerait d'un monopole d'exploitation sur ces idées, empêchant donc tout tiers d'utiliser celles-ci.

Breveter les logiciels s'inscrit dans une logique de création d'une rareté artificielle qui freine l'innovation et la diffusion des connaissances. En effet, en informatique et plus particulièrement dans le domaine des logiciels, les innovations sont cumulatives et incrémentales, chaque innovation repose ainsi sur celles qui l'ont précédée.

La diffusion des connaissances était pourtant à l'origine la raison d'être des brevets, qui correspondent à une forme d'échange, de contrat moral entre la société et l'inventeur : ce dernier publie son invention et rend ses mécanismes publics, en échange de quoi la société lui confère un monopole d'exploitation, limité dans le temps et dans l'espace. Une éventuelle brevetabilité des logiciels, œuvres de l'esprit, prend l'exact contre-pied de cette logique : cela limiterait la possibilité d'innovations ultérieures, car les déposants refusent le plus souvent de donner les spécifications techniques dans le brevet.

L'April, en conformité avec sa mission de défense et de promotion du logiciel libre, s'est toujours opposée aux diverses tentatives de légalisation des brevets logiciels en Europe. L'opposition législative s'est avérée jusqu'ici victorieuse, puisque les tentatives de légalisation des pratiques illégales de l'Office Européen des Brevets (OEB) ont pu être tenues en échec. Cependant, les offices de brevets en Europe continuent de délivrer de tels brevets, en totale contradiction avec la lettre et l'esprit du droit en Europe. Il importe donc de rester vigilant pour interdire ces pratiques et faire respecter le droit.

2 Des dispositions spécifiques pour les œuvres de l'esprit et les applications industrielles

2.1 Qu'est-ce qu'un brevet ?

Le brevet est un titre juridique qui donne à son titulaire le droit d'interdire à un tiers l'exploitation d'une invention. Le brevet s'inscrit dans une logique industrielle : la société confère un monopole d'exploitation industrielle à un inventeur en échange de la publication de son invention. Ce monopole étant limité dans le temps et dans l'espace, cela permet in fine que la collectivité puisse librement utiliser l'invention à l'expiration de ce monopole. Ainsi, le brevet couvre une application industrielle en s'appliquant uniquement à un mécanisme, et non à l'idée qui en est à l'origine. L'idée n'étant pas une production physique, elle n'a pas vocation à être affectée par les brevets ; tous les systèmes de brevet (français, européen, étatsunien) énoncent d'ailleurs ce principe, fondateur du droit des brevets et du droit d'auteur. Cependant cela ne signifie pas que les expressions des idées sont ignorées par le droit : les œuvres de l'esprit, dont les logiciels, sont en effet du ressort du droit d'auteur.

2.2 Le droit d'auteur, régime juridique des œuvres de l'esprit

Selon l'article L111-1 du Code de la propriété intellectuelle, « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral ainsi que des attributs d'ordre patrimonial* ». Plus précisément et s'agissant des logiciels, les droits moraux sont un « *droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre* »⁴, ce qui permet à l'auteur de choisir librement le mode de diffusion. Cependant ces droits sont restreints pour les logiciels : l'auteur d'un logiciel ne peut pas s'opposer à sa modification par le cessionnaire des droits, du moment que cette modification n'est pas

4. Article L121-1 du Code de la propriété intellectuelle : http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=95D0E6C5530310AB398A3A609C183B52.tpdjo16v_1?idArticle=LEGIARTI000006278891.

préjudiciable à son honneur ou à sa réputation, ni exercer son droit de repentir ou de retrait. Les droits patrimoniaux correspondent au droit d'exploitation, c'est-à-dire le droit de représentation qui correspond au droit de communiquer l'œuvre au public, et au droit de reproduction, sur la fixation matérielle de l'œuvre pour permettre sa communication au public. Concernant les logiciels, il existe deux exceptions à ces droits :

- ↳ la copie de sauvegarde, pour préserver l'utilisation du logiciel ;
- ↳ l'exception de décompilation, qui permet de reproduire ou de traduire un code sans l'autorisation de l'auteur, lorsque c'est à des fins d'interopérabilité ⁵.

2.3 Périmètre du brevet

Selon l'article 52 de la Convention européenne sur les brevets, « *les brevets européens sont délivrés pour toute invention dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle* ». Ce même article précise que ne sont pas considérées comme des inventions brevetables « *les plans, présentations d'informations, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateur* » en tant que tels.

La différence entre le brevet et le droit d'auteur dépend donc de la nature même de l'œuvre en question, et non du procédé de communication choisi ou du nombre de copies commercialisées. La Cour de cassation française a d'ailleurs affirmé que « *l'édition à plusieurs milliers d'exemplaires d'un logiciel ne lui fait pas perdre son caractère d'œuvre de l'esprit et ne modifie pas l'objet de sa cession, laquelle ne peut porter que sur les droits d'utilisation* » ⁶.

Ainsi, selon la législation, les logiciels sont régis par le droit d'auteur. Cependant, un petit nombre d'acteurs ont tenté de sortir de ce système pour imposer le cadre juridique du brevet au logiciel, alors qu'il n'est clairement pas adapté. Contrairement à ce qu'affirment leurs défenseurs, les brevets logiciels seraient un danger réel pour l'innovation et pour la concurrence car ils renforceraient la possibilité pour quelques entreprises dominantes et déjà quasi-monopolistiques de contrôler l'ensemble du marché.

3 Les dangers des brevets logiciels

3.1 Le brevet logiciel, danger pour l'innovation

Dans le domaine du logiciel, les innovations sont cumulatives et incrémentales, c'est-à-dire que chaque innovation repose sur celles qui l'ont précédée. Si l'innovation antérieure tombe sous le coup d'un brevet la nouvelle invention ne peut pas être librement diffusée, car le détenteur du brevet antérieur dispose d'un droit exclusif sur l'utilisation de son invention, y compris l'interdiction de son utilisation. Tout autre éditeur qui souhaite utiliser le logiciel, ou tout simplement mettre en œuvre des fonctionnalités ou des

5. En l'absence de publication effective des spécifications techniques, l'exception de décompilation permet de rechercher les informations nécessaires à l'interopérabilité sans demander l'autorisation à l'éditeur. Pour plus d'information, voir la synthèse interopérabilité.

6. C. Cass. Crim., 2 novembre 2005, n° 04-86592 : http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/fourniture_de_logiciel_et_tromperie.htm.

algorithmes similaires, doit donc demander l'autorisation au détenteur du brevet. Celui-ci peut lui imposer les conditions qu'il souhaite, comme un contrôle de l'usage ou le paiement d'une redevance, ou un pourcentage sur les bénéfices. L'auteur du nouveau logiciel est donc dépossédé des droits d'auteur sur son œuvre, et ses droits sont alors complètement **subordonnés à ceux des détenteurs des brevets antérieurs** ; étant donnée la nature incrémentale du logiciel, l'ensemble de la production logicielle serait alors soumise au bon vouloir de quelques détenteurs de brevets.

En outre, la durée de vie d'un logiciel s'accorde difficilement avec celle d'un brevet : le logiciel sera obsolète au bout de quelques années, mais le brevet continuera à restreindre les innovations basées sur la technique brevetée pendant vingt ans. Les brevets logiciels n'incitent donc pas à l'innovation : ils sont utilisés de manière dévoyée pour s'assurer par la loi un avantage concurrentiel, aidé en cela par une incertitude juridique qui permet de tenir à l'écart les concurrents sur le segment de marché concerné.

3.2 Le brevet logiciel, des coûts économiques et sociaux importants et injustifiés

Des brevets logiciels seraient nocifs pour l'ensemble des développeurs : non seulement le dépôt d'un brevet est complexe et coûteux, mais son application est elle aussi difficile à faire respecter⁷. Par conséquent, seules les grandes entreprises qui ont déposé un grand nombre de brevets et les firmes spécialisées ont les moyens effectifs de les faire respecter. Pour tous les autres, le brevet logiciel est source d'insécurité juridique, car plus le nombre de brevets présents est important, plus le risque d'en enfreindre un involontairement est élevé. Et même s'il n'y a pas de violation de brevet, la simple menace d'un procès peut décourager l'innovation, ne serait-ce que par les coûts afférents à la défense de ses droits devant un tribunal.

Ce risque est d'autant plus réel que de nombreux brevets déposés sont des brevets triviaux, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas appliqués à de véritables innovations, mais se contentent de présenter de manière plus ou moins élaborée des idées évidentes pour tout homme de l'art. Ceci s'explique par le fait que les inventeurs de ce secteur cherchent à obtenir un avantage par rapport à leurs concurrents grâce au secret, plutôt que grâce à un éventuel brevet. Ainsi, profitant de cet avantage, les éditeurs utilisent les brevets de manière dévoyée : en brevetant des principes triviaux, ils créent un champ de mines juridique qui tient leurs concurrents à l'écart, et lorsque ces brevets tombent, la société civile ne récupère aucun savoir-faire puisque le savoir couvert était déjà trivial et largement connu au moment du dépôt.

Plus généralement, les brevets logiciels sont dangereux à de multiples niveaux car il est impossible de savoir par quels brevets est couvert un logiciel :

- ↳ un logiciel utilise d'innombrables fonctionnalités qui peuvent chacune être brevetées, de même que chaque combinaison de fonctionnalités ;
- ↳ un brevet peut être décrit avec différents niveaux d'abstraction utilisant des vocabulaires différents, rendant les recherches d'antériorité fastidieuses, voire impossibles ;
- ↳ les limites des brevets déposés sont très floues, et les brevets sont souvent rédigés dans des termes vagues, pour profiter d'une interprétation la plus large possible

7. Voir par exemple James E. Bessen et Michael J. Meurer, *The Patent Litigation Explosion*, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=831685.

ensuite. La détermination du périmètre couvert par un brevet se décide souvent par avocats interposés ;

- ↳ dans certains pays qui ont légalisé les brevets logiciels, comme les États-Unis, la recherche d'antériorité est un facteur aggravant en cas de poursuites. Dans la mesure où de très nombreux brevets sont déposés, la plupart des entreprises ne vérifient pas qu'elles ne violent aucun brevet, car il est probable que ce soit le cas et les sanctions sont plus importantes si les brevets sont violés en connaissance de cause.

Cela conduit ainsi à des abus nombreux, au point que le droit des brevets est de plus en plus systématiquement ignoré, car inapplicable à moins de vouloir détruire toute innovation. Il existe même aux États-Unis des assurances contre une éventuelle violation de brevet.

À la lumière de ces considérations, les brevets logiciels sont dangereux pour tous : logiciels libres bien sûr, mais aussi logiciels propriétaires, et plus largement pour toutes les entreprises et industries qui ne sont pas en position dominante sur le marché. Il est d'ailleurs intéressant de noter que la bataille législative contre les brevets logiciels a fait l'objet d'un consensus parmi de très nombreux acteurs, venus de milieux pourtant très différents : l'UEAPME s'était ainsi déclarée contre les brevets logiciels⁸, tandis que la FFII avait recensé une majorité économique d'acteurs qui affirmaient leur opposition aux brevets logiciels⁹.

4 Les conséquences potentielles pour le logiciel libre

4.1 Incompatibilité des brevets avec le logiciel libre

Au-delà des considérations précédentes, les brevets sont incompatibles avec la philosophie du logiciel libre : le fait même de subordonner l'utilisation d'un concept à l'acceptation de clauses imposées unilatéralement par le détenteur d'un brevet affecte les libertés offertes par le logiciel libre¹⁰.

Outre cette incompatibilité de principe, l'ensemble même du secteur du logiciel libre est mis en danger par les brevets logiciels :

- ↳ La grande majorité des développeurs de logiciels libres ne déposent pas de brevets. Surtout, ils ne participent pas aux stratégies d'alliances de grandes entreprises qui échangent des droits pour l'utilisation des brevets.
- ↳ Ils courent par là même le risque de voir leurs inventions brevetées par d'autres, d'autant plus que les sources des logiciels libres sont publiées.
- ↳ Le dépôt de brevet représente un coût supplémentaire¹¹ pour les entreprises.

8. La position de l'UEAPME peut être retrouvée sur leur site : http://www.ueapme.com/docs/pos_papers/2003/Patentability.doc.

9. Plus d'informations sur le site <http://www.economic-majority.com/> (en anglais).

10. Pour plus d'informations sur les quatre libertés, voir par exemple : <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.fr.html>.

11. « *Le temps et l'argent que nous dépensons en montant des dossiers de brevets, en poursuites judiciaires, en maintenance, en litige et en droits d'usage serait mieux dépensé en recherche et développement de produits conduisant à plus d'innovation.* », Robert Barr, Cisco lors d'une audition de la Federal Trade Commission (2002) <http://www.ftc.gov/opp/intellect/barrrobert.doc>.

- ↳ Même si un brevet est invalide, les coûts des batailles juridiques pour le prouver sont parfois suffisants pour faire renoncer à un projet. Pour citer un exemple emblématique, le procès SCO contre Novell dure ainsi depuis 2003¹² !

Les brevets logiciels sont des armes de guerre économique pour de grands groupes monopolistiques qui les utilisent pour exclure du marché leurs concurrents, dont les entreprises de logiciel libre. Breveter un concept permet d'interdire toute autre mise en œuvre. Les idées devenues propriétés ne sont accessibles qu'à ceux qui satisfont à des conditions d'entrée arbitrairement définies et, ces stratégies appartenant avant tout au secteur du logiciel propriétaire, le risque d'exclusion du logiciel libre est réel.

4.2 Adéquation entre Logiciel Libre et droit d'auteur

Logiciel libre et droit d'auteur se renforcent mutuellement : le droit d'auteur couvre le logiciel en tant qu'œuvre de l'esprit, sans monopole d'exploitation sur des idées ou des méthodes mathématiques. Le droit d'auteur permet de choisir les modalités de publication et les droits accordés au public. Le droit d'auteur est la base juridique sur laquelle les licences libres, comme la licence GNU GPL¹³, s'appuient pour garantir les libertés du logiciel libre.

5 Actualité : remise en cause des deux côtés de l'Atlantique

5.1 Aux États-Unis, le laissez-faire remis en cause

Alors que les dangers des brevets logiciels sont reconnus par la quasi-totalité des acteurs, la Cour suprême des États-Unis a rendu le 28 juin 2010 une décision restreignant considérablement le champ des brevets¹⁴. En effet, la Cour suprême a rendu dans l'affaire *Bilski* une interprétation beaucoup plus stricte des critères de brevetabilité : « *puisque la demande de brevet des demandeurs peut être rejetée par la jurisprudence de la Cour sur la non-brevetabilité des idées abstraites, il n'y a pas de nécessité pour la Cour de définir plus avant ce qui constitue un procédé brevetable.* »¹⁵.

Cette décision n'interdit pas explicitement les brevets logiciels, car la Cour suprême n'a jugé que le cas précis, mais a surtout appelé à la clarification des critères : « *en récusant l'exclusivité du test "machine ou transformation", la Cour en aucun cas ne cherche à exclure le développement par le Circuit fédéral d'autres critères limitant qui*

12. Voir notamment la chronologie des événements (en anglais) sur <http://www.groklaw.net/staticpages/index.php?page=20040319041857760>, et l'appel sur <http://www.groklaw.net/staticpages/index.php?page=NovellAppealTL>.

13. Une licence créée par la FSF pour le projet GNU. L'auteur permet toute utilisation, modification et diffusion de son travail (ainsi que des versions dérivées) à condition que le diffuseur accorde la même licence aux destinataires (et donc, ne restreigne pas leurs droits). Il y a obligation de fournir les sources de l'œuvre.

14. Pour plus d'informations, voir le communiqué de l'April : <http://www.april.org/fr/bilski-les-etats-unis-commencent-le-deminage-des-brevets-logiciels>.

15. "Because petitioners' patent application can be rejected under the Court's precedents on the unpatentability of abstract ideas, the Court need not define further what constitutes a patentable "process"."

seraient dans le prolongement des objectifs du droit des brevets et qui ne seraient pas en contradiction avec ce texte »¹⁶.

Cette décision va dans le même sens que celle prise quelques semaines auparavant par la Grande Chambre de recours de l'Office européen des brevets.

5.2 En Europe, un appel au politique pour plus de précisions

Le brevet logiciel a été refusé de nombreuses fois en Europe. En effet, l'idée d'un brevet européen qui pourrait, à l'image des brevets américains, couvrir certaines oeuvres de l'esprit comme les logiciels, a été introduite devant le Parlement européen à de multiples reprises, en 1999¹⁷, 2003¹⁸, et encore en 2005¹⁹.

Lors des débats de 2005 avaient de plus été soulignées les dérives de l'Office européen des brevets, qui avait attribué de nombreux brevets à des techniques logicielles. Alors même que de tels brevets ont été clairement interdits par le législateur européens, ces pratiques illégales ont continué, au point où la Grande Chambre de recours de l'OEB a elle-même demandé un arbitrage politique dans sa décision du 12 mai 2010²⁰. Cette décision fait suite à une saisine de la Grande Chambre par l'OEB, cette dernière demandant d'autoriser certaines pratiques illégales de brevetisation de logiciels au nom d'une soi-disant clarification de la situation actuelle. La Grande Chambre a refusé de répondre aux questions posées, en soulignant que ces questions étaient formulées de façon partielle par l'OEB. Par ce biais, la Grande Chambre affirme que « *lorsque l'élaboration juridique conduite par la jurisprudence atteint ses limites, il est temps pour le législateur de reprendre la main* ». Alors que l'OEB délivrait à tour de bras des brevets logiciels, en jouant sur les termes juridiques pour autoriser ce qui était interdit par la loi, cet appel de la Grande Chambre relaie à nouveau une demande répétée de l'April de contrôle démocratique des pratiques illégales de l'OEB²¹.

Alors que les contours et modalités du brevet européen continuent d'être discutés, il est plus que temps que cette position soit réaffirmée. La création du brevet européen par un groupe restreint d'États-membres, via la coopération renforcée annoncée en décembre 2010²² par la Commission, devrait être l'occasion de réaffirmer clairement le champ d'actions et les limitations du brevet.

16. « *In disapproving an exclusive machine-or-transformation test, this Court by no means desires to preclude the Federal Circuit's development of other limiting criteria that further the Patent Act's purposes and are not inconsistent with its text.* » (traduction par nos soins). La décision de la Cour Suprême est disponible à l'adresse suivante : <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-964.pdf>.

17. Pour plus d'information, voir le communiqué de l'April : <http://www.april.org/brevets-sur-les-logiciels-attention-au-piege>

18. Pour plus d'information, voir le communiqué de l'April : <http://www.april.org/refus-de-la-brevetabilite-du-logiciel-une-victoire-a-confirmer>).

19. Pour plus d'information, voir le communiqué de l'April : <http://www.april.org/pour-un-contrôle-démocratique-des-pratiques-illégales-de-loeb>.

20. Pour plus d'informations sur cette décision, voir l'analyse faite par l'April : <http://www.april.org/fr/decision-de-la-grande-chambre-de-recours-de-loeb-sur-les-brevets-logiciels>.

21. Voir notamment à ce sujet le communiqué de l'April pour un contrôle démocratique des pratiques illégales de l'OEB : <http://www.april.org/articles/communiqués/pr-20050707.html>.

22. Voir le communiqué de presse de la Commission à ce sujet sur : http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/barnier/docs/speeches/20101125/statement_en.pdf.