

## La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique ? vrai problème social ?\*

MICHEL VIVANT

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER  
DIRECTEUR DE L'ÉQUIPE DE RECHERCHE « CRÉATIONS IMMATÉRIELLES ET DROIT »  
EXPERT AUPRÈS DES AUTORITÉS FRANÇAISES ET EUROPÉENNES

La question de la brevetabilité des programmes d'ordinateur agite de longue date les microcosmes de l'informatique et du « droit de l'informatique ».

Voici trente ans, nul n'en faisait, pourtant, un « cheval de bataille ». La brevetabilité des programmes ne paraissait soulever aucun problème théorique. Tout au plus, soulignait-on la difficulté qu'il pourrait y avoir à accéder concrètement au brevet, en particulier eu égard à l'exigence d'activité inventive<sup>1</sup>.

Puis vint le droit d'auteur... Et la cause parut entendue. Quand un universitaire – comme le signataire de ces lignes – écrivait qu'il n'était peut-être pas raisonnable d'oublier pour autant le brevet en présence d'une création éminemment fonctionnelle<sup>2</sup>, les praticiens n'y voyaient, évidemment, qu'un propos... d'universitaire. Ces mêmes praticiens qui redécouvrent aujourd'hui le brevet.

2. Il est vrai que le brevet est étrangement « redécouvert ». Si, selon l'Office européen des brevets, il convient qu'une innovation soit de nature technique pour pouvoir être qualifiée d'invention<sup>3</sup>, on peut s'étonner de la manière dont, au fil de ses décisions, cet Office discerne de la technicité là où on ne l'attendait guère<sup>4</sup> et, plus encore, de la manière dont les autorités communautaires visent cette exigence dans leur proposition de directive sur la brevetabilité des « inventions mises en œuvre par ordinateur » du 20 février 2002. On peut lire, en effet, à l'article 3 de ce texte, que « les États membres veillent à ce qu'une invention mise en œuvre par ordinateur soit considérée comme appartenant à un domaine technique ». Or, ainsi que j'ai déjà eu l'occasion de l'écrire, « comment comprendre cette disposition "Les États membres veillent à [...]" car il n'y a pas à "veiller" sur une qualification si cette qualification n'est pas fallacieuse, si ce n'est qu'elle veut dire qu'une invention mise en œuvre par ordinateur doit être considérée comme technique »<sup>5</sup>. Acte de foi plutôt qu'acte de droit !

Dans le même temps, les sectateurs du « libre » s'opposent avec une foi égale et la plus grande vivacité à cette brevetabilité des logiciels, accusée de tous les maux. Les arguments méritant considération – par exemple sur la pertinence du brevet dans le secteur des technologies de l'information – s'y mêlent à des considérations marquées du sceau de l'ignorance – comme celle consistant à dire que le brevet favorise le secret.

3. Mais si, plus fondamentalement, tout le discours s'avérait biaisé ? Si la question n'était, dans un sens comme dans l'autre, jamais posée comme elle devrait l'être ? Si, au fond, tout n'était qu'un gigantesque malentendu, à l'occasion délibérément cultivé ?

Lorsque, dans la Convention de Munich, il fut posé, à l'article 52, que « ne sont pas considérés comme des inventions au sens du paragraphe 1 notamment [...] les programmes d'ordinateurs », il était clair, dans l'esprit de tout un chacun, qu'il s'agissait d'éviter tout simplement et très brutalement que les programmes puissent être brevetés. Les arabesques prétendant démontrer le



\* Le présent article est la version française d'une communication faite au Congrès international de droit de l'informatique réuni à Madrid en septembre 2002. Il prend largement appui sur une étude réalisée pour le compte de l'Institut national de la propriété industrielle par M. Vivant et J.-M. Bruguière : *La brevetabilité de l'innovation technique contemporaine*, 2002, dans laquelle sont examinées la question de la brevetabilité des programmes d'ordinateur mais aussi celle des *business methods* et des séquences génétiques, étude qui doit être prochainement publiée.

1. L'idée est particulièrement présente dans la thèse du Professeur A. Lucas, *La protection des créations intellectuelles abstraites*, Litec, 1975.

2. CA Paris 13<sup>e</sup> ch., 4 juin 1984 : *JCP éd. E* 1985, II, 14409, note M. Vivant.

3. V. en ce sens OEB, CRT, 19 mars 1992, T 854/90, 3.4.1., *Lecteur de carte/IBM* : *JO OEB* 1993, 669 ; ou encore OEB, DO, 8 déc. 1994, *Howard Florey Institute* : *JO OEB* 1995, 388.

4. V. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, spéc. n° 43.

5. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 63. V. aussi M. Vivant, Proposition de directive sur « la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur » : une mystification ? : *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, juin 2002, n° 148, p. 1 sq.

contraire ne sont venues que plus tard. La non-brevetabilité était proclamée comme règle d'autorité et le programme rejeté hors du brevet de manière quasi-ontologique.

Mais quand aujourd'hui les inventions mises en œuvre par ordinateur, dont les programmes d'ordinateurs sont « l'une des formes » comme le disent les directives d'examen de l'OEB elles-mêmes<sup>6</sup>, doivent être réputées techniques, ainsi qu'il a été relevé plus haut<sup>7</sup>, on peut se demander si la théologie n'a pas changé et si, ontologie nouvelle, le programme, jusqu'à aujourd'hui nécessairement non technique, n'est pas devenu nécessairement technique... par la vertu de quelque concile européen !

Il semblerait que la question doive toujours se trancher comme si le programme d'ordinateur était une réalité « en soi », une et indivisible (comme la République...). D'ailleurs, c'est bien ainsi que la question est toujours posée : le programme d'ordinateur est-il ou n'est-il pas, doit-il ou ne doit-il pas être brevetable ?

4. Pourtant, à parler brevet, il serait avisé de raisonner suivant les catégories du brevet et, ignorant un instant l'article 52 de la Convention de Munich, de se demander ce qui, dans le programme, pourrait être qualifié d'invention éventuellement brevetable. Mais, comme le brevet est un « outil » conçu pour remplir une certaine fonction dans un certain contexte (il est véritablement né au XVIII<sup>e</sup> siècle avec la révolution industrielle), il est également pertinent de se demander s'il est réellement adapté à ces « nouvelles innovations » dont le cœur réside dans un traitement de l'information.

C'est déplacer le débat et, à mon sens comme il se doit, du terrain de la pure technique juridique vers celui de la politique juridique.

5. L'idée première est donc non pas de se prononcer sur le caractère brevetable ou non, « en soi », du programme, mais de s'interroger sur ce qui peut ou pourrait, derrière le programme, être analysé comme invention devant accéder au brevet.

Sans doute, ne faut-il pas négliger les conditions de nouveauté et d'activité inventive (l'application industrielle est d'un autre ordre et peut vraisemblablement être ramenée à l'exigence d'invention, au moins telle que caractérisée par l'OEB)<sup>8</sup> mais, dans la mesure où la Convention de Munich paraît avoir dénié le caractère d'invention aux programmes<sup>9</sup> et où l'OEB a ouvert la voie de la brevetabilité en leur trouvant un caractère technique propre à les faire qualifier selon lui d'invention, il paraît bien légitime de se concentrer sur cette première interrogation.

Que penser donc de l'invention dans « l'univers logiciel » ?

## Information et invention

6. Première observation : comme on le sait, il est d'usage, pour caractériser l'invention, de raisonner en termes de solution technique apportée à un problème technique. Les doctrines allemande et française, en particulier, l'enseignent avec une certaine constance. Et l'OEB l'a jugé expressément : « Toute invention doit avoir un caractère technique : elle doit apporter une solution technique à un problème technique »<sup>10</sup>.

Voilà pourtant qui ne résout rien quand on a pris conscience que le terme « technique » est un terme parfaitement polysémique, sans valeur discriminante. On parle de technique de la danse, de technique sportive ou de technique du droit<sup>11</sup> !

En réalité, loin de toute rigueur, les auteurs, comme l'OEB, privilégient un « sens commun »<sup>12</sup> où la technique se situe dans l'ombre de la science (plus exactement des sciences « dures ») et se traduit en termes de production. Le dictionnaire *Robert* propose ainsi une définition qui renvoie à l'« ensemble (des) procédés méthodiques, fondés sur des connaissances scientifiques, employés à la production » ou encore à l'ensemble des procédés « qui sont employés à l'investigation et à la transformation de la nature »<sup>13</sup>.

La définition donnée ne manque pas de présupposés mais ce n'est pas ici le lieu de les examiner. On relèvera, en revanche, que, du point de vue qui nous occupe, le visa de la transformation de la nature est spécialement intéressant. Dans une telle option, que sont loin de récuser les milieux du brevet<sup>14</sup>, on n'est pas loin de la redécouverte du vieux critère de caractère industriel. Pourtant, si le souci est de faire accéder au brevet des innovations d'un autre ordre, et notamment de nature informationnelle, il faut très certainement accepter que

6. Directives, partie C, chap. IV : Brevetabilité, 2. Inventions.

7. V. *supra* n° 2.

8. V. Convention de Munich, art. 52 *sq.*

9. La démarche est peut-être plus subtile ; sur ce point v. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 24 *sq.*

10. OEB, DO, 8 déc. 1994, *Howard Florey Institute*, précit. Et déjà OEB, CRT, 5 oct. 1988, T 22/85, 3.5.1., *Résumé et recherche de documents/IBM : JO OEB 1990*, 12 : « Il ressort de la règle 27 (1) d que l'invention consiste fondamentalement en la résolution d'un problème, et que ce problème doit être d'ordre technique. Il va de soi que la solution de ce problème technique, mentionnée dans la règle 27 (1) d, doit elle aussi présenter un caractère technique ».

11. Là-dessus – mais il n'y a guère sujet à discussion –, v. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, notamment n° 33 et 46.

12. Qui est tout sauf scientifique.

13. *Petit Robert*, éd. 2001.

14. C'est une semblable idée que l'on trouve, d'ailleurs, dans la décision *Rote Taube* du *Bundesgerichtshof* du 27 mars 1969, vieille décision il est vrai, antérieure à la Convention de Munich, pour qui « une invention technique est une instruction pour agir d'une façon déterminée par l'emploi direct de phénomènes naturels contrôlables pour atteindre un résultat prévisible par les causes » (*BGH 27 mars 1969 : GRUR 1969, 672*).

la « technique », dans une version moderne, ne soit pas nécessairement « industrielle ».

À la vérité, un programme peut servir à faire fonctionner une chaîne de montage et, de ce point de vue, ne se distingue pas, dans sa fonction, d'une invention « industrielle » traditionnelle. Il peut aussi résoudre un problème de pur traitement d'information, et c'est alors de tout autre chose qu'il s'agit.

Brevetable ? Non-brevetable ? Technique ? Non-technique ? On voit bien, me semble-t-il, qu'au final, c'est d'un choix politique (au propre sens du terme : d'un choix de société) qu'il s'agit, dans lequel le droit n'intervient que de manière marginale.

Il est vrai qu'on peut encore adopter une position plus radicale et, sans donner davantage au terme « technique » une définition « canonique » rigoureuse qu'il serait bien difficile de fournir, admettre que puisse être tenues pour des inventions de simples solutions techniques à des problèmes même non techniques<sup>15</sup>. Le mérite, certain, de la construction est de permettre la prise en compte de ces innovations d'un nouveau type qui peuvent s'avérer utiles dans la société actuelle : économiques, « communicationnelles », tout en n'offrant le brevet qu'à un véritable innovateur. Le danger est qu'elle peut mener loin et conduire, par exemple, à l'acceptation de la brevetabilité des *business methods*<sup>16</sup>.

Serait alors considérée comme une invention l'innovation prenant appui sur des connaissances issues des sciences dures, *quelle que soit la nature de l'effet produit*<sup>17</sup>.

Cela dit, même à juger devoir rester plus classique, on voit bien qu'il n'y a pas d'impossibilité de principe à ce qu'une innovation qui passe par un traitement d'information puisse être tenue pour une invention potentiellement brevetable. Encore faut-il savoir où réside effectivement l'invention.

### *Invention et programme*

7. Si le programme n'est pas en soi une invention mais si programme et invention ne sont pas deux notions antinomiques, il reste, en effet, à identifier ce qui peut être dit invention sous couvert de programme.

On laissera de côté l'hypothèse du programme appréhendé en association avec une machine car ce n'est plus le programme, en tant que tel, qui est alors en cause<sup>18</sup>.

À considérer le programme en lui-même, il faut partir de l'observation selon laquelle celui-ci est, en règle générale, appréhendé comme une série d'instructions destinées à une machine (l'ordinateur) et, plus précisément, à faire produire à cette machine un certain résultat.

Séries d'instructions : elles passent par une écriture et cette écriture ne saurait, à l'évidence, comme telle, relever du brevet – observation qui a, du reste, justifié le recours au droit d'auteur pour appréhender

le programme précisément en tant qu'œuvre d'écriture.

« Mais les choses changent si l'on prend en compte, non point cette écriture seule, mais le programme en tant qu'il permet d'atteindre un résultat donné. Il s'agit là, très classiquement, de procédé. Un "procédé écrit" certes, pour lequel l'écriture est un passage obligé qui assure toute son efficacité au dit procédé, mais un procédé.

Sans doute, dans une conception très matérialiste ou "matérialisante", J.-M. Mousseron définit-il en ces termes le procédé : "Par procédé, on entend un système d'interventions d'agents chimiques ou d'organes mécaniques dont la mise en œuvre conduit à l'obtention d'un objet matériel appelé produit ou d'un effet immatériel appelé résultat"<sup>19</sup>.

Mais le Professeur Pollaud-Dulian reprend la même idée sans "resserrer" pareillement le procédé sur le matériel. Le procédé, dit-il, est "un système dans lequel une méthode ou des agents et moyens quelconques (mécaniques, chimiques [...]) permettent d'obtenir soit un produit, soit un résultat immatériel"<sup>20</sup>.

Et l'on a déjà fait observer qu'alors l'invention réside dans la "voie d'accès" à ce résultat<sup>21</sup>.

C'est en cela qu'il peut y avoir invention dans un programme d'ordinateur. Le programme doit être considéré comme un procédé, comme un ensemble d'étapes conduisant à un certain résultat<sup>22</sup> (l'écriture

15. L'idée a été avancée, notamment par B. Warusfel qui a la double qualité d'universitaire et de conseil en propriété industrielle (audition par l'INPI pour la préparation de l'étude sur l'innovation technique contemporaine, précit.).

16. Que l'OEB prétend toujours refuser (v. Communiqué de l'OEB du 26 mars 2002 concernant les méthodes dans le domaine des activités économiques : *JO OEB* 2002, 260). Il faut cependant lire avec circonspection le Communiqué par lequel il rappelle cette position de principe.

17. V. M. Vivant et J.-M. Bruguière, *op. cit.*, n° 48, étude dans laquelle cette définition est proposée comme l'une des définitions possibles de l'invention.

18. Dans l'esprit de la décision *Koch*, jugeant que, si un programme d'ordinateur, en combinaison avec un calculateur universel généralement connu, fait fonctionner ce dernier d'une manière différente, la *combinaison* des deux est susceptible d'être brevetée en tant qu'invention (OEB, CRT, 21 mai 1987, T 26/86, 3.4.1. : *JCP éd. E* 1988, II, 15297, n° 3, obs. M. Vivant et A. Lucas). Répondant à cette hypothèse, d'autres raisonnements pourraient être menés encore, à commencer par la déjà ancienne construction faite par G. Vandenberghe proposant de concevoir les choses en termes de « machine virtuelle » (A.-P. Meijboom et G. Vandenberghe, « Pays-Bas », in *La protection du logiciel en Europe*, sous la direction de M. Vivant, Litec, 1989, p. 139 sq.). On ne manquera pas de relever en tout cas l'idée avancée par M. Trudeau : « I submit that modern computer program is not merely a scientific principle and is not merely an abstract theorem. Perhaps a computer programme should be viewed as a specific machine component and treated like other specific machine component », in *Software Patents : Revue canadienne de propriété intellectuelle* sept. 1992, vol. 9, n° 2, p. 234, spéc. p. 237.

19. J.-M. Mousseron, *Traité des brevets*, Litec, 1984, n° 132.

20. F. Pollaud-Dulian, *Droit de la propriété industrielle*, Montchrestien, 1999, n° 200.

21. J. Foyer et M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF, 1991, p. 115 ; F. Pollaud-Dulian, *ibid.*

22. C'est aussi l'opinion première exprimée par P. Breese (conseil en propriété industrielle) lors de son audition. V. encore F. Sardain, *La propriété intellectuelle à l'épreuve du logiciel : l'exemple des interfaces*, thèse Poitiers, 2002, notamment n° 532 et plus spéc. n° 538 sq.

étant peut-être le moyen de réaliser ce procédé, ainsi qu'on l'a suggéré<sup>23</sup>). Qu'on parle ou non de "brevet de programme", le droit des brevets ne saurait prétendre atteindre autre chose que ces étapes – qui ne sauraient être identifiées à l'écriture couverte par le droit d'auteur (même s'il est clair que des recoupements sont inévitables, qu'il faudra aménager) »<sup>24</sup>.

La portée du brevet est, par là-même, nécessairement cantonnée, en raison, à cet enchaînement d'étapes.

Et, si donc l'invention brevetée a pour objet une suite d'étapes pour l'obtention d'un résultat, c'est bien cet enchaînement dans l'obtention dudit résultat qui va être réservé et lui seul au breveté. Et cela que le résultat soit « interne » ou « externe »<sup>25</sup>.

Il est, au fond, très secondaire qu'il s'agisse d'un programme.

8. Mais, par là-même, il paraît bien difficile de prétendre passer du procédé au produit, comme le font pourtant aujourd'hui les grands offices.

On comprend bien l'intérêt de l'option faite qui est de faciliter la poursuite de la contrefaçon, au second cas constituée dès l'instant où la fabrication (ou l'importation) du produit est réalisée.

Mais la question se pose de la légitimité de cette réorientation ou de ce glissement. Si l'invention réside dans un enchaînement d'étapes conduisant à un certain résultat, on voit mal comment on pourrait ramener cela à un support. Et la fascination pour le matériel ou la matérialisation des choses dans le monde du brevet ne saurait en être une justification suffisante. Car, s'il est vrai qu'on trouve dans les directives de l'OEB l'indication selon laquelle le produit est une substance, une composition, ou plus largement « toute entité physique »<sup>26</sup>, il est bien dit dans ces mêmes directives que les revendications portent alors sur l'« entité physique »<sup>27</sup>. Revendiquerait-on un droit sur la disquette ?

On ajoutera que, lorsque les praticiens veulent échapper à la divulgation du code source – ce qui se comprend assez bien car c'est donner beaucoup à la concurrence –, il me paraît clair que, si seul un procédé est revendiqué, la description ne doit porter que sur l'enchaînement d'étapes en cause et cela n'implique en rien que le code source soit dévoilé si l'écriture du programme ne présente aucune difficulté pour l'homme du métier, au regard des « connaissances de base » qui sont les siennes<sup>28</sup>. En revanche, on peut très légitimement se demander si la revendication du programme, sous forme de produit, ne devrait pas, en toute cohérence, obliger à une telle divulgation. Je partage assez le sentiment de cet examinateur allemand, M. Kiesewetter-Köbinger, pour qui il faut assumer les conséquences de ses choix<sup>29</sup>. D'ailleurs, aux États-Unis, dans l'affaire *In re Sherwood*, il fut décidé que la révélation de l'« entier programme » était nécessaire dans le plus grand nombre des cas<sup>30</sup>.

9. La vérité est qu'on risque de voir rejouer avec le

brevet ce qu'on a déjà vu jouer avec le droit d'auteur : une dénaturation forte du droit qu'on prétend mobiliser pour la plus grande satisfaction de *lobbies* actifs et efficaces, avec un monopole qui s'étend bien au-delà de ce qui devrait être son champ naturel et des contraintes évacuées autant qu'il se peut.

C'est que nous sommes dans l'instrumentalisation pure et simple du droit. Il n'en est que plus justifié non seulement de tenter de recentrer le débat, comme nous nous sommes efforcés de le faire (cherchons le procédé derrière le programme), mais encore de ne pas s'enfermer dans une lecture tristement positiviste des choses.



23. L'idée est empruntée à P. Haïcour qui l'exprima notamment lors des auditions ayant précédé le travail sur *La brevabilité de l'innovation contemporaine*, sur lequel s'appuie pour une bonne partie la présente réflexion.

24. Toute ce développement à partir de : « Mais les choses changent [...] », est repris de l'étude menée par M. Vivant et J.-M. Bruguière sur *La brevabilité de l'innovation technique contemporaine*, *op. cit.*, spéc. n° 62.

25. Pour renvoyer à une opposition sur l'effet technique attendu du programme faite par l'OEB, selon que le programme a un effet extérieur, de type *monitoring* par exemple, ou uniquement interne à la machine – opposition sur laquelle, bien sûr, il n'est pas question de revenir ici. Qu'il suffise de rappeler que, pour l'OEB, il faut, au second cas, reconnaître qu'il y a invention brevetable, suivant une décision IBM de 1998, « si la mise en œuvre [d'un programme] sur un ordinateur produit un effet technique supplémentaire allant au-delà des instructions physiques "normales" entre programme et ordinateur » (OEB, CRT, 1<sup>er</sup> juill. 1998, T 1173/97, *Produit « Programme d'ordinateur » / IBM : JO OEB 1999, 609*). V. aussi, émanant de l'Office, *Directives*, partie C, chap. IV : *Brevetabilité, 2. Inventions*.

26. *Directives*, partie C, chap. III : *Revendications, 3. Différents types de revendications*.

27. *Ibid.*

28. Tout dépend de ce qui est précisément revendiqué.

29. On trouvera sous sa plume les observations suivantes : « If one wants to regard programmes for data-processing systems themselves as inventions and to make these accessible for patent protection as such [...] then one should think more precisely what could be the consequences. [...] If one regards the definitions of a programme quoted above again, one recognises that all instructions understandable for a computer which solve a task represent a programme. The specialist knows programmes in binary form and/or their description in Hexcode, as well as programmes in one of the many programming languages (Java, C++, Tcl/Tk, Perl, Lisp, Phyton, Postscript, HTML, TEX, Ada, Fortran, Pascal, Basic, Cobol, [...]). Also combinations of graphic programming with textual supplements are known (LabView and others). If the programme is executable on a computer and if it causes the procedure to be implemented, it is to be regarded as solution of the task, all the same whether it is executable by the processor directly – or only with the help of further well-known programmes (operating system, compiler, interpreter, emulator, virtual machine, [...]). Together with the indication, under which conditions this programme is executable (type of processor, operating system, program libraries or what else may influence executability) the programme code is, in the opinion of the author, even the only unambiguous revealing form of the solution of the task » in *On the Patent Examination of Programs for Computers* : <http://swpat.ffii.org/vreji/papri/patpruef/index.en.html> [consultation déc. 2001].

30. 613 F2d 809 (C.C.P.A. 1980), cert. denied : 450 US 994 (1981) ; au regard, il est vrai, de l'exigence de révélation du meilleur mode (*best mode*) de réalisation de l'invention ; mais il ne semble pas que, sur le principe, cela puisse changer grand chose.

## Programme et brevet

10. Qu'il puisse y avoir matière à brevet est une chose<sup>31</sup>. Qu'il doive y avoir brevet en est une autre.

En effet, si le droit a une fonction de régulation des rapports sociaux, il ne peut, selon moi, être pensé comme un univers clos. Et quand certains avancent des arguments contre la brevetabilité qui ne sont pas proprement juridiques, ce serait, de mon point de vue, une erreur de ne pas les écouter – lors même qu'au final on ne se laisserait pas convaincre. Il n'y a pas débat sans confrontation des réflexions.

11. Or si nous sommes indiscutablement entrés dans une économie de l'information et si, dans cette économie, les brevets occupent de plus en plus une place stratégique<sup>32</sup>, il n'est pas avéré que le brevet, malgré son succès, soit un instrument pertinent dans le domaine qui nous occupe.

Mais nombreux sont ceux qui se demandent si celui-ci répond bien, s'agissant spécialement du logiciel, à la fonction incitative attendue de lui<sup>33</sup>. On fait observer que, dans le secteur du logiciel, les auteurs ne sont pas motivés par des incitations monétaires<sup>34</sup>.

Plus profondément, on relève que, si le brevet répond bien aux situations où les coûts de recherche-développement sont élevés, il n'est pas certain qu'il en aille de même quand l'acquisition des connaissances est essentiellement cumulative et que l'innovation s'appuie sur de forts *inputs*, par la mobilisation d'importantes externalités<sup>35</sup>.

Au vrai, si l'on veut bien voir dans le programme rapporté aux catégories du brevet un procédé<sup>36</sup>, il faudrait très certainement distinguer selon que ce procédé ne se différencie des autres que par son « vecteur » informatique (quand le programme a un effet opérationnel externe) et selon qu'il se borne à un pur traitement d'information<sup>37</sup>. L'innovation n'est pas alors de même nature et la démarche innovante non plus.

Il faut ajouter que, quoi qu'en disent les défenseurs purs et durs du brevet, le brevet est cher et, quand les tenants du « logiciel libre » font valoir qu'il serait par là même inaccessible aux auteurs indépendants comme, pour l'essentiel, aux petites entreprises qui sont en la matière des acteurs spécialement actifs<sup>38</sup>, on est fondé à se demander si le brevet ne risque pas de créer des distorsions artificielles et mal venues sur ce marché de l'innovation.

Il va sans dire que le juriste n'est pas armé pour répondre. Mais il serait bon qu'il ne soit pas sourd à ces interrogations, comme il serait souhaitable que des économistes se fassent entendre sur le sujet plus qu'ils ne le font.

## Pour conclure

12. Ainsi peut-être évitera-t-on de répondre à la question avant qu'elle ne soit (convenablement) posée<sup>39</sup>...

Si, pour certains, *lobbyistes* souvent efficaces, l'important est d'acquérir un fort portefeuille de brevets, en évitant soigneusement toute interrogation dérangeante, comme pour d'autres, critiques virulents, il convient par principe de diaboliser les brevets de logiciel, je pense, quant à moi, qu'il vaut mieux clairement poser les termes du débat – ce que je me suis ici efforcé de

31. Et, pour moi, il faut le répéter : un brevet sur le « procédé – programme », et rien d'autre.

32. V. J.-L. Beffa, in *Regards sur l'économie contemporaine à travers le prisme de la propriété industrielle*, Rencontre-débat INPI, 4 déc. 2001, doc. INPI, Service de la Communication, p. 2, qui observe que « la place essentielle et la masse gigantesque des brevets utilisés par les technologies d'information et de communication montrent bien que nous sommes dans un monde qui place le brevet au centre d'une économie du savoir ».

33. Observation minimaliste déjà ; il n'est guère discuté que les performances du brevet diffèrent fortement d'un secteur à l'autre : grande, par exemple, en matière pharmaceutique, faible en matière de programmes d'ordinateur (v. J. Nieuwenhuis, ministère des Affaires économiques des Pays-Bas, *Intellectual Property and Innovation Policy, Conférence sur le système international des brevets*, Genève, OMPI, 25-27 mars 2002). Pour aller plus loin, dans une abondante littérature, on pourra se référer à R. Hart, P. Holmes et J. Reid, *The Economic Impact of Patentability of Computer Programs, Report to the European Commission, Study Contract ETD/99/B5-3000/E/106*, 2000. Adde les travaux du colloque organisé à Paris, en juin 2002, par l'Institut français des relations internationales (IFRI) et le Center for Information Policy de l'Université du Maryland : *Frontiers of Ownership in the Digital Economy*.

34. Ainsy D. Foray, *The new economy, A challenge for IPR* ; Communication à la Conférence Patinova, Commission européenne et OEB, Cardiff, 16 oct. 2001, Actes à paraître. Mais l'argument est souvent avancé.

35. V. encore la communication de D. Foray pour qui le brevet ne devrait pas, au final, empêcher de telles mobilisations (avec pour conséquence qu'on en arrive à : « Chéri, j'ai rétréci ma base de connaissances » !). Rapp. de ce que dit T. Laronde, *Propriété intellectuelle et brevets logiciels : Multitudes* mai 2001, p. 66, spéc. p. 70 : « Un logiciel particulier se construit autour de règles communes qui empruntent à des domaines classiques de la Mathématique. C'est un assemblage de procédés communs mais de solutions particulières ».

36. V. *supra* n° 7 sq.

37. V. *supra* n° 7.

38. L'argument est avancé avec constance par quelqu'un comme Bernard Lang, chercheur à l'INRIA, pour qui « le brevet peut tuer le logiciel » et qui estime que les faibles moyens des petits créateurs ne leur permettent « ni de répondre à des attaques en contrefaçon, ni de se constituer des portefeuilles de brevets pour se défendre, ni de payer des royalties sur des brevets existants » (Courrier adressé à M. Vivant). Moins engagé, C. Rojinsky n'hésite pas, pour autant, à affirmer qu'« une protection large par le brevet du logiciel en tant que tel aurait un impact négatif sur la concurrence, en réservant à quelques *big players* la maîtrise de la nouveauté et de la prospective en matière de technologies » in *Logiciels : « copyleft » et brevetabilité* : *Légicom* 2001/2, p. 105, spéc. p. 110 et, si un moyen d'échapper à un effet de domination excessif peut consister en un jeu de licences croisées, précisément le fait est que les acteurs de faible importance ne devraient pas avoir les brevets requis pour permettre ce jeu (S. Wilkinson, *The evolving relationship between patents and standards : diamonds are safe* : *Revue canadienne de propriété intellectuelle*, mars 1999, vol. 15, n° 2, p. 273).

39. Hommage à Woody Allen : « La réponse est oui. Veuillez répéter la question ».

faire en évitant toute démarche « théologique » sur le sexe des logiciels et qu'on pourrait résumer de la manière suivante :

- le brevet du XXI<sup>e</sup> siècle doit s'adapter aux innovations de la « nouvelle économie » au cœur de laquelle se trouve l'information – ce qu'il peut faire sans « forçage » ;

- s'agissant de programme d'ordinateur, ce brevet ne saurait être – en raison – autre chose qu'un brevet de procédé, ce qui renvoie à des catégories connues mais lui assigne aussi une place bien définie ;

- les vraies questions ne sont pas juridiques, elles sont économiques et d'opportunité.

Problème plus social donc, « sociétal », que juridique...

Mais juridique aussi, tout bien considéré, puisque le juriste est (heureusement) dans la Cité.

Problème, en toutes hypothèses, dont il serait malheureux de faire l'économie.

