

Des brevets pour les logiciels ? (*)

Une bataille agite les experts, les entreprises, la Commission européenne et les gouvernements européens : faut-il délivrer les brevets pour les logiciels ? Oui, s'il s'agit de protéger des inventions vraiment utiles ; non si cela conduit à donner des rentes indues pour de fausses inventions. Oui pour les «bons brevets», non pour les «mauvais», en somme. Mais si l'on ne sait pas les distinguer en pratique ?

**par Youenn Dupuis
et Olivier Tardieu**

Lorsque les Européens ont investi le Nouveau Monde, ils ont connu l'ivresse de l'anarchie. Bien vite, cependant, l'Etat et la loi ont repris leurs droits, avec en point d'orgue la rédaction d'une constitution écrite en 1787. De même, l'essor de la « nouvelle économie » met à jour un territoire vierge et soulève des problèmes juridiques originaux. La protection des logiciels en est un : faut-il des brevets pour les logiciels ? Longtemps l'objet de discussions confidentielles, cette question a été portée sur la place publique par la Commission européenne et quelques polémiques retentissantes, concernant notamment le brevet *one-*

click de la société Amazon.com, dont nous parlerons plus loin. En France, le chef du gouvernement comme nombre de ses ministres ont exprimé leur intérêt pour un débat dont l'enjeu a laissé jusqu'à présent les Français et la majorité des PME indifférents, alors que les retombées peuvent être importantes pour eux. Nous verrons, en particulier, que le système des brevets censé favoriser l'innovation et protéger les inventeurs, peut au contraire la freiner en fournissant aux multinationales le moyen d'étouffer les petites entreprises.

Qu'est-ce qu'un brevet ?

A l'origine d'un brevet, il y a une invention et le souhait de l'inventeur de faire protéger son invention. Pour ce faire, il dépose une demande de brevet auprès, en France, de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI). Après analyse, l'INPI décide de délivrer ou non le brevet, qui est à la fois un titre de propriété – la paternité de l'inventeur est reconnue – et une concession de monopole temporaire d'exploitation. Pendant vingt ans l'inventeur peut exploiter ou monnayer son invention à sa guise, donc en engranger seul les bénéfices. En contrepartie, il divulgue son invention et en révèle les secrets. A l'échéance du droit exclusif d'exploitation, l'invention tombe dans le domaine public et bénéficie à la société toute entière.

Les brevets permettent aux individus et aux entreprises de tirer un bénéfice économique de leurs inventions. Cette perspective de profit les incite à innover, de sorte que la société y trouve son compte. Mais les brevets sont aussi des armes de guerre concurrentielle.

Les cas de Stac Electronics, Thomson Multimedia, Unisys

En 1993, Stac Electronics obtient la condamnation de Microsoft pour contrefaçon de ses brevets sur la compression de données, avec à la clé plus de 110 millions de dollars de dommages et intérêts. Microsoft est contraint de cesser temporairement la vente de son système d'exploitation MS-DOS.

La ventilation du résultat d'exploitation de Thomson Multimédia pour l'année 2000 est la suivante :

- Displays & Components (262 millions €) ;
- Consumer Products (177 millions €) ;
- New media Services (-83 millions €) ;
- Patents & Licensing (319 millions €).

Les brevets et leur commerce représentent donc à eux seuls près la moitié du résultat global. Riche de son portefeuille de 26 000 brevets, Thomson Multimédia engrange chaque année des millions d'euros de royalties. Selon Thierry Breton, son PDG, chaque magnéto-scope fabriqué dans le monde rapporte 3 \$ US à la société, chaque lecteur de DVD 2,5 \$ US, etc. Dans le domaine des logiciels, les brevets sur le format musical MPEG3 popularisé par Napster et propriété de Thomson Multimédia, sont à l'origine de centaines de contrats de licences.

En 1987 CompuServe publie les spécifications du format GIF de compression d'images. Sept ans après, alors qu'il est devenu le format de référence pour la

Une procédure contentieuse peut coûter 50 000 € en France, et plus d'un million de dollars aux Etats-Unis

(*) Cet article a été publié dans La Gazette de la société et des techniques, N°11, novembre 2001.

compression d'images sans pertes, Unisys, détentrice d'un brevet déjà ancien sur l'algorithme de compression LZW dont dérive le format GIF, décide de demander des royalties aux utilisateurs du format GIF, prenant par surprise des centaines d'éditeurs, contraints de négocier avec Unisys pour continuer à développer leurs propres logiciels.

Ainsi, qu'ils soient utilisés comme moyen de défense ou d'attaque, les brevets en général et les brevets logiciels en particulier sont à l'origine de transferts financiers très importants et sont un élément clef du rapport de forces entre entreprises productrices et consommatrices de technologies.

Si les procès en matière de contrefaçon de brevets sont rares, les menaces de poursuite sont monnaie courante et souvent déstabilisantes pour de petites structures, qu'elles soient fondées sur des accusations légitimes ou non. Les multinationales qui disposent de nombreux brevets peuvent ainsi contraindre leurs concurrents plus modestes à consacrer argent et énergie à des procédures contentieuses sans fin, réduisant d'autant leur capacité de R&D, et aboutissant donc à cette situation paradoxale où les brevets, loin de favoriser l'innovation, lui mettent des bâtons dans les roues.

Des revendications plus ou moins légitimes

Le brevet est un instrument ancien, rodé. En 1883 déjà, onze Etats signaient la Convention de Paris, premier accord international en matière de brevets d'inventions. Mais peut-on appliquer les vieilles recettes aux nouvelles technologies ? Qu'est-ce donc qu'un logiciel, un programme d'ordinateur ?

Jamais défini en droit français, un programme d'ordinateur est en droit canadien un ensemble d'instructions ou d'énoncés destiné, quelle que soit la façon dont ils sont exprimés, fixés, incorporés ou emmagasinés, à être utilisé directement ou indirectement dans un ordinateur en vue d'un résultat particulier. Cela ne nous aide pas beau-

coup ! L'examen d'exemples concrets sera plus utile.

Le site Internet d'Amazon.com permet à ses clients de passer leurs commandes en un seul clic. Comme les informations sur le client sont mémorisées une fois pour toutes (adresse, moyen de paiement...), l'utilisateur peut d'un seul clic choisir un produit qui lui sera automatiquement expédié. La société a déposé en 1997 aux Etats-Unis une demande de brevet sur cette méthode et la façon de la mettre en œuvre avec un système informatique. En s'appuyant sur ce brevet, délivré le 28 septembre 1999, Amazon.com a pu contraindre par un procès son principal concurrent Barnes&Noble.com à retirer une fonctionnalité similaire de son site web, en décembre 1999 (décision toutefois annulée en appel le 14 février 2001). Pour le PDG d'Amazon.com, comme pour les examinateurs qui ont accordé

La mauvaise qualité de l'examen des demandes de brevets risque d'aboutir à une insécurité juridique

le brevet, l'invention est réelle et l'exclusivité méritée. Pour nombre de commerciaux et d'informaticiens au contraire, le seul mérite d'Amazon.com est d'avoir eu le culot de déposer une telle demande, en se prétendant inventeur d'une technique parfaitement évidente.

Gérard Lefranc, en charge de la protection des logiciels chez Thalès explique : nous produisons des systèmes de contrôle aérien. Au début des années 90, c'était, avant tout, une grosse machine. Le même système aujourd'hui c'est un CD-ROM dans un ordinateur standard. Notre valeur ajoutée c'est donc le logiciel. Nous avons des brevets sur l'ancien système, pourquoi nous refuserait-on aujourd'hui des brevets sur nos logiciels ?

Thomson Multimédia a déposé des brevets sur un format de compression de données musicales (MPEG3), procédé mathématique qui permet, sans perte de qualité audible, de diviser par vingt le temps de téléchargement d'un morceau de musique sur Internet.

On le voit, l'expression « brevet logiciel » recouvre une multitude de revendications fort différentes, plus ou moins légitimes. Protéger des inventions vraiment nouvelles et utiles est sans doute

sain mais délivrer des brevets sur des idées faussement nouvelles ou creuses peut fausser le jeu de la concurrence et nuire à l'intérêt général. Donner un cadre précis à la délivrance des brevets qui garantisse leur utilité sociale, c'est précisément l'objet des critères de la brevetabilité.

Un contrat social entre l'inventeur et la société

La loi comme les accords internationaux – et notamment la Convention de Munich, signée en 1973, fondant le système européen des brevets – définissent trois critères de la brevetabilité et une condition. Pour être brevetable, une invention doit être nouvelle, impliquer une activité inventive (c'est-à-dire ne pas être évidente), et être susceptible d'application industrielle (il n'est pas possible de breveter des idées ou des concepts en tant que tels). La condition de l'attribution du brevet est que le demandeur décrive son invention de manière suffisante pour que l'invention puisse être diffusée, enrichir l'état de la technique et, ainsi, participer au progrès. La société reconnaît donc à l'inventeur un privilège – le droit exclusif d'exploitation – en échange de quoi il renonce au secret et réalise une invention utile à la société.

Le système des brevets a un effet économique positif (il fournit une incitation à l'innovation), mais également des effets négatifs, notamment l'instauration de monopoles, qui sont bien analysés par la littérature économique. Une analyse économique détaillée du brevet permet de montrer que l'application des critères tend à limiter ces effets néfastes (1) : si les critères de la brevetabilité définis par la loi sont bien appliqués, le bilan économique du système des brevets tend à être positif. Si une invention n'est pas nouvelle et se retrouve protégée, elle n'apporte rien à la société alors qu'elle lui coûte en rai-

(1) Voir notamment Arrow, 1962, Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention ; Hunt, 1999, Nonobviousness and the incentive to innovate: an economic analysis of intellectual property reform ; Kaufer, 1989, The Economics of the Patent System ; Shavell, van Ypersele, 1999, Rewards versus Intellectual Property Rights.

son des distorsions générées par le monopole du détenteur du brevet. Ainsi, les critères de la brevetabilité sont justes d'un point de vue économique en ce qu'ils tendent à éviter les privilèges excessifs et rendent le système des brevets profitable pour la société tout entière.

Des incitations structurelles à mal faire

Mais si ces critères sont justes, peuvent-ils être appliqués par les offices en charge de l'examen des demandes ? Difficilement, en raison de difficultés spécifiques à l'informatique, d'un manque de moyen des offices, qui peuvent, de plus, ne pas avoir intérêt à effectuer des examens de qualité.

Un programme informatique est formé d'un grand nombre de composants élémentaires et bien connus. La figure 1 représente un programme, schématiquement symbolisé par une suite de fonctions élémentaires (noire ou blanche).

Le programme représenté à la figure 2 est-il nouveau ? Au premier regard, oui. Il est cependant obtenu à partir du premier par une simple permutation entre la première et la dernière colonne : peut-on alors affirmer qu'il est nouveau ? Qu'est-ce que la nouveauté en informatique ? Bien prétentieux est l'examinateur qui pense pouvoir le dire à coup sûr !

De même, qu'est ce que l'inventivité ? Si l'on remplace la case blanche par une case grise (figure 3), y a-t-il inventivité ? Par exemple : la case blanche est la fonction factorielle implémentée de manière itérative en langage C, et la case grise est la même fonction, mais écrite de manière récursive en Prolog. Le processus est exactement le même !

L'examen pose donc un problème technique. Mais, en outre, un phénomène n'arrange rien : l'INPI, comme l'Office européen des brevets (OEB), croulent sous les demandes (la tendance depuis 1995 est de + 11 % par an, tous domaines technologiques confondus).

Ce phénomène (voir la figure 4) jette le doute sur la capacité des offices à résoudre le problème technique posé.

Quand bien même l'office serait en mesure de résoudre ce délicat problème technique, y est-il incité ? L'INPI, par exemple, enregistre un bénéfice d'environ 3000 € lorsqu'il accepte un brevet et une perte d'environ 1 500 € lorsqu'il est refusé. Qu'il soit français, européen ou américain, l'examinateur lui-même a-t-il intérêt à refuser une demande ? Pour être bien jugé par sa hiérarchie, il a intérêt à expédier le plus grand nombre de demandes, or refuser une demande conduit à des contestations, des procédures en appel qui diffèrent d'autant le règlement définitif. Ne peut-on craindre aussi que s'il espère de plus un jour travailler dans un des cabinets spécialisés en propriété industrielle, il ait plutôt tendance à ne pas se montrer trop exigeant. Il ne s'agit pas ici d'une critique du travail des offices et des examinateurs, mais simplement du constat qu'il existe des incitations structurelles à mal faire.

Le contentieux ne fait pas bien le ménage

Peut-on alors dire que c'est au contentieux que revient la tâche d'annuler ces brevets après leur délivrance ? Théoriquement oui. Mais, dans la pratique, cette force de rappel se révèle souvent inopérante : une procédure contentieuse peut coûter 50.000 € en France, et plus d'un million de dollars aux Etats-Unis, avec un résultat incertain et des délais importants, ce qui décourage les entreprises, surtout les petites, de recourir à la justice.

D'autre part, se pose un problème de passager clandestin : si Microsoft détient un brevet excessif, qui va l'attaquer devant la justice ? Aucun de ses concurrents ne va se décider à engager seul une procédure coûteuse alors que l'annulation du brevet profitera à d'autres.

Ainsi, il paraît très difficile, dans les conditions actuelles, de trier, par l'application des critères ou le recours au

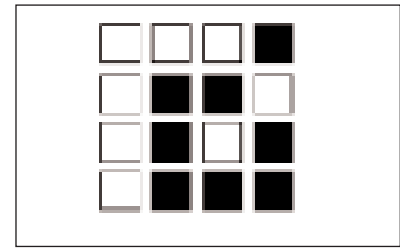


Fig.1.- Programme schématiquement symbolisé par une suite de fonctions élémentaires (noire ou blanche).

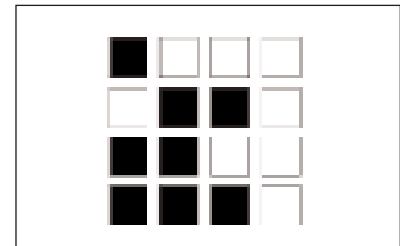


Fig.2.- Le programme représenté à la figure 2 est-il nouveau par rapport à celui de la figure 1 ? Au premier regard, oui. Il est pourtant obtenu à partir du premier par une simple permutation entre la première et la dernière colonne : peut-on alors affirmer qu'il est nouveau ? Qu'est-ce que la nouveauté en informatique ?

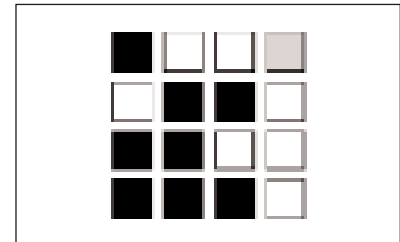


Fig.3.- Si l'on remplace la case blanche par une case grise, y a-t-il inventivité ? Par exemple : la case blanche est la fonction factorielle implémentée de manière itérative en langage C, et la case grise est la même fonction, mais écrite de manière récursive en Prolog. Le processus est exactement le même !

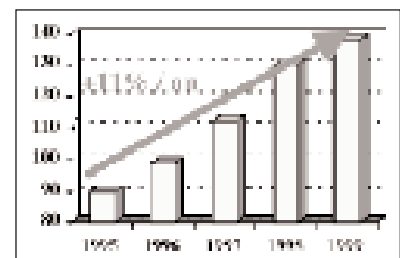


Fig. 4.- L'INPI, comme l'Office européen des brevets (OEB), croulent sous les demandes : la tendance depuis 1995 est de + 11 % par an, tous domaines technologiques confondus.

contentieux, les brevets qui accordent un juste retour et ceux qui octroient des privilèges excessifs.

Comment choisir entre deux solutions imparfaites ?

Accepter la brevetabilité des logiciels comporte un effet positif (les inventeurs sont encouragés) et un effet négatif (des brevets aux revendications excessives sont accordés, faute d'un contrôle suffisant). Les exclure du champ de la brevetabilité entraîne un effet positif (aucun privilège indu n'est octroyé), mais aussi un effet négatif (les inventeurs ne sont pas suffisamment récompensés). Il faut donc choisir, comme bien souvent, entre deux solutions imparfaites. Précisons, que quels que soient les choix faits par l'Europe, les Etats-Unis garderont, au moins à court terme, un (mauvais) système de brevetabilité des logiciels.

Analysons d'abord la situation sans brevet logiciel. La valorisation des actifs immatériels est difficile, la loi offre moins de protection contre le piratage, et comme les Etats-Unis offrent une plus forte protection, le marché américain risque d'attirer les entrepreneurs soucieux de protéger leurs investissements. A l'inverse, la position d'un éditeur de logiciel tient avant tout à sa réactivité, sa capacité à offrir un service : Adonis est un leader dans l'édition de logiciels de gestion pour les PME et pourtant ne détient pas de brevet, ce qui semble corroborer l'opinion selon laquelle l'innovation logicielle n'est pas une affaire de brevets.

Dans la situation avec brevet logiciel, il y a un risque de terrorisme juridique (2), selon les termes de Christian Pierret, ancien secrétaire d'Etat à l'Industrie. Les grandes entreprises, disposant de brevets sur des techniques informatiques standard, pourront menacer de poursuivre les PME qui les utilisent, et ainsi acquérir à moindre frais leurs technologies. La mauvaise qualité de l'examen des demandes de brevets risque d'aboutir à une insécurité juridique : la validité des titres de propriété industrielle sera sans cesse contestée. Enfin, l'Europe court le risque d'un

afflux de brevets américains, puisque les firmes américaines, qui déposent depuis de nombreuses années des brevets logiciels outre-Atlantique ont, par les dispositions de la Convention de Paris signée en 1883, un droit de priorité sur les entreprises européennes. A l'inverse, il est indéniable que le brevet logiciel facilite le financement des entreprises, notamment auprès du capital-risque.

Notre conviction est que la solution la moins dommageable est celle où les logiciels restent exclus du champ de la brevetabilité.

Mais cette solution se heurte à des difficultés pratiques : l'OEB accorde de plus en plus de brevets sur des logiciels, et il paraît difficilement envisageable que les vingt pays dont dépend cet organisme s'entendent pour lui adresser un rappel à l'ordre (3). Une autre solution serait la création d'un droit à durée de vie courte, spécifique pour les logiciels. Cette proposition est séduisante, mais comporte deux défauts : elle est typique d'une tendance française à créer toujours plus de droit, et elle ne semble pas disposer du soutien des autres pays européens, alors que la solution doit avant tout être européenne. Il convient dès lors de réfléchir à d'autres solutions.

Organiser une volonté collective

S'il est exclu de revenir sur la brevetabilité des logiciels acquise *de facto* depuis des années, il reste à faire en sorte que les offices fassent le meilleur tri possible, tri qui, on l'a vu, est la condition de l'utilité sociale de la brevetabilité. Dans ce but, il faut développer les outils et les compétences spécifiques nécessaires à l'examen des demandes de brevets logiciels, c'est-à-dire recruter du personnel disposant d'une double compétence juridique et informatique, d'une part, et, d'autre part, produire ou rassembler la documentation indispensable à l'évaluation de la nouveauté et de l'inventivité des innovations logicielles. Cela requiert,

bien sûr, une allocation de crédits en conséquence dans les offices nationaux et à l'OEB. Au-delà de cet effort crucial, déjà entrepris par les offices, on peut aussi s'interroger sur l'opportunité de

Une invention n'est brevetable que dans la mesure où elle présente un effet technique

réformes structurelles (4).

Mais l'évaluation de la nouveauté et de l'inventivité ne constitue qu'une partie de la difficulté. Une invention n'est brevetable que dans la mesure où elle présente un effet technique. C'est en donnant un sens à cette condition que l'on fixera véritablement ce que peut être un brevet logiciel.

Comme on le voit, organiser un système efficace de brevets logiciels suppose de réunir des conditions difficiles à remplir, et de le faire de concert avec les autres pays. Cela suppose que s'organise une volonté collective, et que, pour cela, les responsables et l'opinion soient éclairés sur la nature des problèmes en cause. ●

RÉFÉRENCES

- Bessen, Maskin, 2000, Sequential Innovation, Patents, and Imitation.
Cohen, Lemley, 2000, Patent Scope and Innovation in the Software Industry.
Hart, Holmes, Reid, 2000, The Economic Impact of Patentability of Computer Programs.
Kahin, 2001, The Expansion of the Patent System: Politics and Political Economy.
Lemennicier, 1999, Les brevets d'invention et les droits d'auteur sont-ils des privilèges ou des droits de la propriété intellectuelle ?
Lemley, 2000, Rational Ignorance at the Patent Office.
Merges, Nelson, 1990, On the Complex Economics of Patent Scope.
Smets-Solanes, 2000, Stimuler la concurrence et l'innovation dans la société de l'information.

(2) Interview donnée par Christian Pierret au magazine 01 Informatique (n°80, 23 mars 2001).

(3) Certains pays, notamment du sud de l'Europe sont très réticents à l'idée d'une restriction du champ de la brevetabilité, dans la mesure où les brevets font vivre des milliers de spécialistes en propriété industrielle et de traducteurs. Peu de demandes de brevets européens émanent d'entreprises de ces pays. Ainsi, en 1999, 118 brevets européens ont été accordés à des entreprises ou particuliers d'origine espagnole, ce qui représente 0,33 % des brevets délivrés. Inversement, une grande majorité de brevets européens désignent l'Espagne (83 % en 1999), ce qui est une source de profit importante, puisque les brevets doivent être traduits en espagnol et maintenus en vigueur dans ce pays moyennant le paiement de taxes annuelles auprès de l'office espagnol.

(4) Pour plus de détails, le lecteur pourra consulter notre mémoire de fin de scolarité à l'École des mines de Paris intitulé La brevetabilité des logiciels, réalisé sous la direction de François Lèvéque, professeur d'économie industrielle.