



COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Bruxelles, le 20.02.2002
COM(2002) 92 final

2002/0047 (COD)

Proposition de

DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur

(présentée par la Commission)

EXPOSÉ DES MOTIFS

OBJECTIF DE L'INITIATIVE COMMUNAUTAIRE

La création de logiciels connaît une croissance régulière depuis quelques années. Par l'influence majeure qu'elle exerce sur l'ensemble de l'industrie européenne, elle apporte une contribution substantielle au PIB et à l'emploi. En 1998, la valeur du marché du progiciel en Europe était de 39 milliards d'euros¹. Selon une étude récente conduite par Datamonitor², le nombre de personnes associées à la création de logiciels dans les pays d'Europe occidentale devrait croître de 24 % à 71 % entre 1999 à 2003, avec une moyenne de 47 %. Par ailleurs, chaque emploi lié aux progiciels est à l'origine de deux à quatre emplois dans les secteurs en aval et d'un emploi dans les secteurs en amont.

Son potentiel de croissance futur et, partant, son incidence sur l'économie, se trouvent encore renforcés par l'accélération de l'importance acquise par le commerce électronique dans la société de l'information basée sur Internet. En raison du degré de maturité atteint par l'industrie des logiciels, il est de plus en plus difficile et coûteux de leur apporter des améliorations; dans le même temps, ils peuvent être facilement copiés.

Les brevets jouent un rôle essentiel en assurant la protection des inventions techniques en général. Le principe de base sur lequel repose le système des brevets a démontré son efficacité pour toutes sortes d'inventions auxquelles la protection par brevet a été accordée dans les États membres de la Communauté européenne. Les brevets représentent une incitation à investir dans le temps et le capital nécessaires et elle stimule l'emploi. La société en général tire également profit de la divulgation de l'invention, laquelle engendre un progrès technique dont d'autres inventeurs peuvent tirer parti.

La situation juridique actuelle concernant la protection par brevet des inventions mises en œuvre par ordinateur³ est ambiguë, ce qui entraîne une insécurité juridique. En fait, les programmes d'ordinateurs "en tant que tels" sont exclus de la brevetabilité par le droit des brevets des États membres et la Convention sur le brevet européen (CBE)⁴ mais des milliers de brevets concernant des inventions mises en œuvre par ordinateur ont été délivrés par l'Office européen des brevets (OEB) et les offices nationaux des brevets. L'OEB en a délivré à lui seul plus de 20.000. Nombre de ces brevets sont déposés dans les secteurs essentiels de la technologie de l'information comme le traitement des données numériques, la reconnaissance, la représentation et le stockage de données. D'autres sont délivrés dans des secteurs techniques tels que l'automobile et la construction mécanique, par exemple pour les processeurs commandés par programme.

Bien que les dispositions statutaires fixant les conditions de délivrance de ce type de brevets soient les mêmes pour les offices nationaux des brevets et pour l'OEB, leur mise en application dans la jurisprudence et les pratiques administratives de chaque État membre diffère. Il existe des différences, notamment, entre la jurisprudence des chambres de recours de l'Office

¹ Cf. l'étude de Booz Allen & Hamilton menée pour le compte du ministère néerlandais des affaires économiques, "The Competitiveness of Europe's ICT Markets", mars 2000, p. 10.

² *"Packaged software in Western Europe: The economic impact of the packaged software industry on the combined economies of sixteen European countries"*, septembre 2000, Datamonitor, Londres

³ Pour une définition du terme, voir article 1.

⁴ La "Convention de Munich" est entrée en vigueur le 7 octobre 1977. Les 15 États membres de la CE ainsi que Chypre, le Liechtenstein, Monaco, la Suisse et la Turquie sont parties contractantes.

européen des brevets et les tribunaux des États membres. Une invention mise en œuvre par ordinateur peut être protégée dans un État membre mais pas dans un autre, ce qui produit des effets directs négatifs sur le bon fonctionnement du marché intérieur⁵.

La présente directive s'emploie à apporter une réponse à cette situation en harmonisant les droits nationaux des brevets en ce qui concerne la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur et en rendant les conditions de brevetabilité plus transparentes.

FONDEMENT DE L'INITIATIVE: LA CONSULTATION DE LA COMMISSION

À la suite de la consultation organisée autour du Livre vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe⁶ en 1997, la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur a été identifiée au début de 1999 comme l'une des priorités pour lesquelles la Commission européenne devait prendre rapidement des mesures⁷. Une directive harmonisant le droit des États membres sur la question lèverait l'ambiguïté et l'incertitude juridique entourant cette question. Il a également été déclaré que parallèlement à cette action menée au niveau communautaire, les États signataires de la Convention sur le brevet européen devraient prendre les mesures nécessaires pour modifier l'article 52, paragraphe 2, point c de la Convention, notamment en supprimant les "programmes d'ordinateur" de la liste des inventions non brevetables.

À partir de 1999, le débat public sur la question s'est fait plus intense. Certaines branches de l'industrie européenne ont demandé à plusieurs reprises que l'on agisse rapidement pour lever l'ambiguïté actuelle et l'insécurité juridique entourant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur tandis que les concepteurs et utilisateurs de logiciels libres ainsi qu'un nombre substantiel de petites et moyennes entreprises qui les soutiennent se déclaraient de plus en plus préoccupés par les brevets de logiciel.

Le 19 octobre 2000, la Commission européenne a lancé une dernière série de consultations dans lesquelles le grand public et les États membres étaient invités à formuler des commentaires sur la base d'un document disponible sur Internet⁸.

La consultation a adopté une approche à deux volets. Il s'agissait d'abord de répondre à la question de savoir si, d'une manière générale, des mesures d'harmonisation étaient vraiment nécessaires au niveau communautaire et en cas de réponse affirmative, quel devait être ce niveau d'harmonisation. La jurisprudence établie au sein de l'OEB était ensuite exposée d'une manière relativement détaillée et un certain nombre d'éléments très spécifiques pouvant figurer dans un exercice d'harmonisation basé plus ou moins sur ce *statu quo* étaient proposés.

Les quelque 1.450 réponses reçues ont été analysées par un contractant qui a produit un rapport⁹.

⁵ Pour plus de détails sur les divergences, voir ci-après.

⁶ Promouvoir l'innovation par le brevet: Livre vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe COM(1997) 314 final du 24 juin 1997.

⁷ Promouvoir l'innovation par le brevet: les suites à donner au Livre vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe COM (1999) 42 final du 5 février 1999.

⁸ La brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur: document de consultation établi par les services de la Direction générale "Marché intérieur"(19 Octobre 2000). Document pouvant être téléchargé à l'adresse: http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/indprop/indprop/softpaten.htm

⁹ http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/indprop/softpatanalyse.htm

Ces réponses font clairement apparaître un besoin d'agir. Les imprécisions sur les limites de la brevetabilité ont des effets très négatifs sur l'industrie. Toutefois, les avis diffèrent largement sur la question des mesures à prendre: certains souhaitent voir imposer des limites strictes aux brevets liés aux logiciels (ou même une interdiction totale), d'autres sont partisans d'une harmonisation à un niveau plus ou moins proche du *statu quo* défini par la pratique actuelle et la jurisprudence de l'OEB.

Les réponses individuelles émanaient principalement des partisans des logiciels libres dont les points de vue allaient de l'interdiction totale des brevets de logiciel à la position "officielle" de l'Alliance Eurolinux opposée au dépôt de brevet sur les logiciels destinés aux ordinateurs standards. En revanche, les propositions qui reprenaient d'une manière générale l'approche adoptée par le document de consultation émanaient le plus souvent d'organisations régionales ou sectorielles représentant de nombreuses entreprises de toutes tailles, telles que l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe (UNICE), l'Association des industries européennes des technologies de l'information et des communications (EICTA) et la European IT Services Association. Des réponses ont également été reçues de diverses grandes organisations, d'autres associations industrielles et des professionnels de la propriété intellectuelle. Ainsi, même si les réponses dans cette catégorie ont été beaucoup moins nombreuses que celles en faveur de l'approche "libre", il semble évident que le poids économique mesuré par le nombre d'emplois concernés et l'importance des investissements nécessaires, fait pencher la balance en faveur de l'harmonisation au sens du document de consultation.

La direction générale "Entreprises" de la Commission a également commandé une étude concernant plus particulièrement les petites et moyennes entreprises (PME)¹⁰. Cette étude visait à étudier la façon dont les PME engagées dans le développement de logiciels protègent leur propriété intellectuelle. L'objectif était de mettre à leur disposition une brochure les sensibilisant aux diverses méthodes de protection de la propriété intellectuelle et les informant de ces formes de protection. L'étude, largement basée sur un travail documentaire, a été complétée par un questionnaire d'enquête adressé à des PME de l'industrie européenne du logiciel sélectionnées à partir d'un certain nombre de sources. Douze PME ont répondu au questionnaire. Un nombre limité de grandes entreprises de logiciel européennes ont également été interrogées ainsi que diverses organisations de recherche publique.

Parmi les PME qui ont répondu, beaucoup n'étaient guère conscientes du fait que les brevets pouvaient protéger leurs produits. Les brevets étaient considérés par les petites entreprises comme un moyen complexe, coûteux et difficile à mettre en œuvre et donc de moindre utilité que le droit d'auteur ou des moyens de protection informels. Il ne semblait guère évident non plus que les brevets pouvaient constituer une source d'information technique. Ces résultats mettent en lumière la nécessité de sensibiliser davantage les PME et posent un défi particulier aux praticiens et aux administrateurs des différents systèmes.

La Commission a étudié la question de savoir dans quelle mesure les législations nationales appliquées aux inventions mises en œuvre par ordinateur devaient être harmonisées, compte tenu de l'incidence probable de la proposition sur l'innovation et la compétitivité en Europe et

¹⁰ "Patent protection of computer programmes" (Contrat n°. INNO-99-04). Rapport disponible sur le site <ftp://ftp.ipr-helpdesk.org/softstudy.pdf>. Un guide complémentaire de la protection des logiciels pour les petites et moyennes entreprises peut être également téléchargé du site suivant: <ftp://ftp.ipr-helpdesk.org/software.pdf>

dans le reste du monde ainsi que sur les entreprises européennes et le commerce électronique. Elle a également examiné l'incidence sur les petites et moyennes entreprises et sur la création et la diffusion de logiciels libres. Dans ce but précis, il a été tenu compte des résultats d'une étude sur l'incidence économique de la brevetabilité des programmes d'ordinateur ainsi que d'autres études économiques pertinentes¹¹. Pour déterminer les conditions de brevetabilité, la Commission s'est penchée tout particulièrement sur les pratiques de ses principaux partenaires commerciaux, notamment les Etats-Unis et le Japon. Dans ce contexte, on s'est intéressé à la délivrance de brevets concernant des méthodes pour l'exercice d'activités économiques ("Business methods"), mises en œuvre par ordinateur, aux Etats-Unis et plus spécifiquement aux brevets ayant des applications dans le commerce électronique. Les brevets concernant des méthodes pour l'exercice d'activités économiques suscitent un débat considérable dans les pays industrialisés.

CONCURRENCE INTERNATIONALE: LA SITUATION JURIDIQUE AUX ETATS-UNIS ET AU JAPON

Pour créer des conditions égales en matière de protection des inventions mises en œuvre par ordinateur entre l'Europe et les Etats-Unis, il aurait pu être jugé souhaitable d'élargir le champ de protection et de mettre le droit européen des brevets en conformité avec le droit américain. On aurait pu imaginer, en particulier, d'autoriser la brevetabilité des méthodes pour l'exercice d'activités économiques (business methods) mises en œuvre par ordinateur.

En Europe, l'invention doit offrir une *contribution technique*, ce qui n'est pas le cas aux Etats-Unis. Au Japon, on applique traditionnellement une doctrine équivalente: l'invention doit être une conversion hautement perfectionnée de concepts techniques mettant en œuvre une loi de la nature. Aux Etats-Unis, l'invention doit simplement appartenir à un domaine technique et aucune contribution technique n'est nécessaire. Le simple fait que l'invention utilise un ordinateur ou un logiciel l'intègre à la dimension technique si elle fournit également un "résultat tangible utile et concret". Comme les Etats-Unis n'exigent pas que l'invention fournisse une contribution technique, il n'est guère imposé de restrictions à la demande de brevets pour des "business methods" (en dehors des exigences de nouveauté et de degré d'inventivité)¹².

L'INCIDENCE DE LA BREVETABILITE DES INVENTIONS LIEES AUX LOGICIELS SUR L'INNOVATION, LA CONCURRENCE ET LES ENTREPRISES

¹¹ "The Economic Impact of Patentability of Computer Programs" (document pouvant être téléchargé du site http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/indprop/indprop/studyintro.htm). L'étude a été menée par le Intellectual Property Institute, Londres, pour le compte de la Commission et présenté dans sa forme définitive en mars 2000. D'autres études économiques pertinentes ont été prises en considération. Elles concernent la situation aux Etats-Unis qui est différente: Cohen, Wesley M., Nelson, Richard R., and Walsh, John P., Protecting their Intellectual Assets: Appropriability Conditions and why U.S. Manufacturing Firms Patent (or not), Working Paper 7552, National Bureau of Economic Research, February 2000; Bessen, James and Maskin, Eric, Sequential Innovation, Patents, and Imitation, Working Paper, Department of Economics, Massachusetts Institute of Technology, January 2000; Jaffe, Adam B., The U.S. Patent System in Transition: Policy Innovation and the Innovation Process, Working Paper 7280, National Bureau of Economic Research, August 1999.

¹² Cf la décision de la Cour d'appel des Etats-Unis pour la sûreté fédérale du 23 juillet 1998, dans l'affaire *State Street State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.*, 149 F.3d 1368, les demandes de brevets pour des "business methods" sont montées en flèche.

L'étude mentionnée ci-dessus (cf. note 11) estime que l'expérience acquise par les Etats-Unis a valeur de test. Elle constate que "la brevetabilité des inventions associées à un programme d'ordinateur a contribué à la croissance de l'industrie du logiciel aux Etats-Unis, et surtout au fait que des PME et des concepteurs de logiciels indépendants sont devenus des entreprises importantes, voire des leaders du marché"¹³. En Europe aussi, on observe un nombre croissant mais encore limité de concepteurs de logiciels indépendants qui utilisent les brevets pour mobiliser des capitaux ou accorder des licences¹⁴. La législation sur le droit d'auteur est la principale source de protection qui a favorisé la croissance de l'industrie du logiciel.

Toutefois l'étude montre aussi clairement que la brevetabilité d'inventions mises en œuvre par ordinateur suscite des préoccupations aux Etats-Unis. Celles-ci concernent en premier lieu la délivrance de brevets jugés "clairement non valables" (notamment dans le domaine du commerce électronique), c'est-à-dire de brevets qui sont accordés pour des inventions qui ne sont pas nouvelles ou qui, a priori, n'ont pas fait l'objet d'une activité inventive. En second lieu, les brevets délivrés pour des inventions mises en œuvre par ordinateur risquent de renforcer la position des principaux acteurs sur le marché. En troisième lieu, les brevets délivrés pour l'innovation progressive qui caractérise l'industrie du logiciel, engendrent des coûts économiques liés à l'identification des titulaires des brevets et à la négociation des licences nécessaires. L'étude reconnaît cependant que ces réserves ne semblent pas l'emporter sur les effets positifs de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur aux Etats-Unis. Pour montrer brièvement comment l'Europe pourrait mieux éviter ces effets négatifs que les Etats-Unis, l'étude fait remarquer que "notre force réside dans l'application de procédures d'opposition parallèlement à la possibilité de soumettre des observations sur la brevetabilité des inventions à l'OEB sans devoir recourir à des procédures d'opposition". Ces moyens juridiques importants permettant de garantir la qualité des brevets n'existent pas aux Etats-Unis.

L'étude fait aussi remarquer qu'en Europe, nous devons veiller à l'application de normes d'examen adéquates, notamment de l'activité inventive, pour prévenir la délivrance de brevets invalides¹⁵. Il convient d'ajouter que la qualité de l'examen effectué notamment par l'OEB est largement reconnue. Enfin, rien n'indique, selon l'étude, que les positions des grandes entreprises en matière de brevets ou d'autres concepteurs de logiciels aient injustement porté préjudice aux droits des concepteurs de logiciels indépendants européens"¹⁶.

L'étude identifie comme option possible pour l'harmonisation "le maintien du *statu quo*" (tel que défini par la jurisprudence de l'OEB) sous réserve de la suppression de l'exclusion des "programmes d'ordinateur" "en tant que tels". Selon les auteurs, celle-ci n'aurait qu'une conséquence importante, à savoir que les PME et les concepteurs de logiciels indépendants seraient moins enclins à considérer les inventions liées à des programmes d'ordinateur comme ne pouvant faire l'objet de brevet¹⁷. "En revanche, il n'existe pas de preuves économiques irréfutables attestant d'une éventuelle amélioration de la protection de la propriété intellectuelle dans l'industrie du logiciel"¹⁸.

¹³ Voir étude, p. 5.

¹⁴ Idem., p. 3.

¹⁵ Idem, p. 5 et suivante

¹⁶ Idem, p. 3.

¹⁷ Idem, p. 8.

¹⁸ Idem, p. 36.

LA SITUATION JURIDIQUE ACTUELLE CONCERNANT L'ARTICLE 52, PARAGRAPHES 1 ET 2 DE LA CONVENTION SUR LE BREVET EUROPEEN

LA CONDITION FONDAMENTALE DU "CARACTERE TECHNIQUE"

Conformément aux dispositions générales, *cf* article 52, paragraphes 1 à 3 de la CBE que reprend pour l'essentiel le droit des brevets des États membres, les brevets européens sont délivrés pour les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle, *cf* article 52, paragraphe 1.

Les programmes d'ordinateur "en tant que tels" sont exclus de la brevetabilité par les dispositions de l'article 52 de la Convention sur le brevet européen (CBE). Les chambres de recours de l'OEB jugent fondamental que toutes les inventions aient un *caractère technique*. De même, l'article 27, premier paragraphe, de l'accord sur les ATPIC confirme que toute invention peut faire l'objet d'un brevet dans tous les domaines *techniques*. En conséquence, les chambres de recours de l'OEB et les tribunaux des États membres ont jugé que les inventions mises en œuvre par ordinateur peuvent être considérées comme brevetables lorsqu'elles présentent un caractère technique, c'est-à-dire lorsqu'elles appartiennent à un domaine technique. Les inventions mises en œuvre par ordinateur qui répondent à cette condition ne sont pas exclues au sens de l'article 52, paragraphe 2 car elles ne sont pas considérées comme étant liées aux programmes d'ordinateur "en tant que tels". En fait, les chambres de recours de l'OEB considèrent que les inventions mises en œuvre par ordinateur qui ne présentent aucun caractère technique doivent être exclues¹⁹.

En ce qui concerne la question de savoir quelles inventions mises en œuvre par ordinateur présentent "un caractère technique", la conclusion à tirer de l'affaire récente *Controlling pension benefits system*²⁰, est que tous les programmes exécutés sur un ordinateur sont par définition techniques (parce qu'un ordinateur est une machine). Ils répondent donc à cette première condition d'être une "invention").

Les mêmes considérations ont été appliquées par les chambres de recours de l'OEB aux autres éléments visés par l'article 52, paragraphe 2, de la CBE qui sont exclus de la brevetabilité "en tant que tels", par exemple les "méthodes pour l'exercice d'activités économiques", les "présentations d'informations", ou les "créations esthétiques". Cela signifie que les inventions relatives à ces éléments sont également à considérer comme brevetables si elles présentent un caractère technique.

En ce qui concerne la représentation de l'invention dans les revendications de brevet, la chambre a jugé dans les affaires *Computer program product I & II*²¹, que si un programme sur un support de données a la *capacité* de produire un effet technique lorsqu'il est exécuté sur un ordinateur ce programme revendiqué en tant que tel ne doit pas être exclu de la brevetabilité. Cela a été interprété comme signifiant qu'il devrait être autorisé de revendiquer ce programme en tant que tel, en tant qu'enregistrement sur un support de données ou sous forme de signal (par exemple en tant que fichier sur disque ou transmis via Internet).

¹⁹ *Computer program product I et II*, T1173/97 du 1.7.1998, 1999 JO OEB [609] et T0935/97 du 4.2.1999, [1999] R.P.C. 861. Dans les deux cas, les motifs d'exclusion sont largement similaires

²⁰ *Controlling pension benefits system/PBS* décision T-0931/1995 du 8.09.2000

²¹ Cf. supra. Voir également l'affaire T1002/92 où la chambre de recours de l'OEB a émis cette critique pour la première fois.

Le rôle de l'algorithme

Le terme "algorithme" peut être considéré dans son sens le plus large comme toute séquence d'actions détaillée visant à exécuter une tâche spécifique. Dans ce contexte, il peut englober les processus techniques comme les processus non techniques.

La simple existence d'un algorithme ne constitue pas un critère exploitable permettant de distinguer les objets brevetables des objets non brevetables. Un algorithme peut être à la base d'une invention mise en œuvre par ordinateur ou d'une invention concernant une machine conventionnelle (mécanique, installation électrique, etc.) ou le processus exécuté par cette machine. La seule différence est qu'un programme d'ordinateur est exécuté par des instructions délivrées directement à l'ordinateur tandis qu'une machine conventionnelle est actionnée par ses composants (mécanique, électrique, etc.).

Un algorithme abstrait peut être défini en termes de logique pure, sans qu'il y ait référence physique. Il est possible qu'un tel algorithme soit mis en pratique dans un grand nombre de fonctions différentes et dans des domaines apparemment sans rapport entre eux et qu'il puisse y produire différents effets. Ainsi, un algorithme qui est considéré comme une entité théorique isolée de son environnement physique et dont il n'est en conséquence pas possible de déduire les effets, revêt un caractère intrinsèquement non technique et ne peut donc être considéré comme une invention brevetable.

Une conséquence de ce qui précède est qu'un algorithme abstrait en tant que tel ne peut faire l'objet d'un monopole. D'après les règles normales de brevetabilité, une revendication de brevet pour une invention reposant sur un algorithme particulier, ne peut s'étendre à d'autres applications de cet algorithme.

La protection par brevet et la protection par droit d'auteur sont complémentaires

Un *brevet* protège une invention dans les limites des revendications de brevet qui déterminent l'étendue de la protection conférée²². Ainsi, le titulaire d'un brevet pour une invention mise en œuvre par ordinateur peut empêcher des tiers d'utiliser des programmes mettant en œuvre son invention. Ce principe s'applique même si l'on peut trouver diverses façons d'y parvenir en utilisant des programmes dont les codes-source ou les codes-objet diffèrent et qui dans le même temps, peuvent être protégés par des droits d'auteur indépendants qui ne se portent pas mutuellement atteinte²³.

Par ailleurs, la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur²⁴, dispose que la protection par le *droit d'auteur* s'applique à toute forme d'expression d'un programme d'ordinateur, tandis que les idées et principes sous-jacents à quelque élément que ce soit d'un programme d'ordinateur, y compris ceux à la base de ses

²² Les revendications doivent être interprétées à la lumière de la description de l'invention et des schémas associés. Cf, par exemple, l'article 69, premier paragraphe de la CBE.

²³ Une telle expression à elle seule ne peut servir pour la divulgation d'une invention; voir par exemple, les lignes directrices de l'OEB pour un examen de fond, partie C, chapitre-II, point 4.14a.

²⁴ La législation relative aux droits d'auteur appliqués aux programmes d'ordinateur a été harmonisée au niveau communautaire avec l'introduction de cette directive: directive du Conseil du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (91/250/CEE), [17.5.1991] JO L 122, p. 42. Voir le rapport de la Commission sur la mise en œuvre et les effets de la directive 91/250/CEE, COM(2000) 199 final du 10.4.2000.

interfaces, ne sont pas protégés. Un programme d'ordinateur est protégé s'il est original au sens où il est la création intellectuelle de son auteur. Dans la pratique, cela signifie que le droit d'auteur subsiste dans l'expression d'une forme quelconque du code-source ou du code-objet d'un programme mais pas dans les idées et principes sous-jacents au code-source ou au code-objet de ce programme. Le droit d'auteur interdit la copie substantielle du code-source ou du code-objet mais n'interdit pas les nombreuses autres possibilités d'exprimer les mêmes idées et principes dans différents codes-source ou codes objet. Il ne protège pas non plus de la mise au point d'un programme identique ou substantiellement identique sans qu'il y ait connaissance d'un droit d'auteur existant.

En conséquence, la protection juridique peut être assurée pour le même programme par les législations en matière de brevet ou de droits d'auteur. La protection peut être cumulative au sens où un acte impliquant l'exploitation d'un programme particulier peut porter atteinte aux droits d'auteur protégeant le code du programme et à un brevet protégeant les idées et principes sous-jacents à ce programme.

La directive 91/250/CEE inclut des dispositions spécifiques (articles 5 et 6) suivant lesquelles le droit d'auteur sur un programme d'ordinateur n'est pas violé par l'accomplissement, dans certaines circonstances, d'actes qui constituent en fait une atteinte au droit d'auteur. Ces exceptions incluent les actes accomplis aux fins d'étudier les idées et principes à la base d'un programme et la reproduction ou la traduction d'un code nécessaire à l'interopérabilité d'un programme d'ordinateur créé de façon indépendante. Il est également spécifié qu'une personne habilitée à utiliser le programme d'ordinateur ne peut être empêchée d'en faire une copie de sauvegarde.

Ces dispositions sont justifiées et nécessaires dans le contexte de la législation sur le droit d'auteur car celui-ci confère le droit absolu d'empêcher la réalisation de copies d'une œuvre protégée. Tous les actes mentionnés impliquent la réalisation de copies et porteraient donc atteinte au droit d'auteur, en l'absence d'exception. En revanche, bien qu'elles ne soient pas totalement harmonisées, les législations des États membres en matière de brevet ne s'étendent généralement pas aux actes accomplis en privé et à des fins non-commerciales ou aux actes accomplis à des fins expérimentales liées à l'objet de l'invention. Il est probable que la réalisation d'une copie de sauvegarde dans le cadre de l'exploitation autorisée d'un brevet couvrant un ordinateur programmé ou l'exécution d'un programme, ne peut non plus être considérée comme portant atteinte au droit d'auteur. Ainsi, en raison des différences entre l'objet de la protection par brevet et par la législation sur le droit d'auteur, et de la nature des exceptions autorisées, l'exercice d'un brevet s'appliquant à une invention mise en œuvre par ordinateur ne doit pas interférer avec les exceptions accordées en vertu de la législation sur le droit d'auteur aux concepteurs de logiciels par les dispositions de la directive 91/250/CEE. En ce qui concerne le développement de logiciels interopérables, l'exigence selon laquelle chaque demande de brevet doit exposer l'invention de façon suffisamment claire et complète devrait faciliter la tâche de la personne cherchant à adapter un programme à un autre programme existant qui intègre des caractéristiques brevetées (l'exigence de la divulgation n'a pas d'équivalent dans la législation sur le droit d'auteur). Enfin, lorsque des droits de brevet sont exercés de manière abusive, des licences obligatoires peuvent être accordées, de même qu'il est possible de recourir au droit de la concurrence. Le considérant 18 et l'article 6 font spécifiquement référence, *entre autres*, aux dispositions de la directive 91/250/CEE en matière de décompilation et d'interopérabilité

NECESSITE D'UNE MESURE COMMUNAUTAIRE HARMONISANT LES DROITS INTERNES ET FONDEMENT JURIDIQUE D'UNE TELLE MESURE

Le brevet européen est délivré par l'Office européen des brevets; une procédure centralisée réunit un ensemble uniforme de règles en application desquelles le brevet européen, une fois délivré, est soumis au droit des brevets de chaque pays pour lequel il entre en vigueur. Par ailleurs, les législations nationales de base en matière de brevet sont en principe uniformes et comparables entre elles et avec les dispositions de la Convention sur le brevet européen mais leur interprétation détaillée - en ce qui concerne l'effet d'un brevet européen ainsi que d'un brevet national est du ressort exclusif des tribunaux. Bien que les tribunaux nationaux puissent accorder du poids aux décisions des chambres de recours de l'OEB (et aux décisions des tribunaux d'autres États membres), ils ne sont pas tenus de les appliquer et, dans le cas d'un conflit direct, ils peuvent n'avoir d'autre choix que de respecter des précédents contraignants conformément à leur propre tradition juridique. Cela peut conduire et cela a conduit, dans la pratique, à des divergences d'interprétation de la Convention sur le brevet européen et, par conséquent, de l'étendue de la protection accordée à certaines catégories d'invention.

La jurisprudence au niveau national dans le domaine des inventions mises en œuvre par ordinateur s'est surtout développée dans les tribunaux de deux États membres: l'Allemagne et le Royaume-Uni. Il est intéressant de noter que ces pays ont quand même pris des décisions différentes concernant d'importantes questions liées aux critères d'obtention d'un brevet (définition de l'objet brevetable). Cela dénote clairement que les tribunaux d'autres États membres, en l'absence de mesures d'harmonisation, pourraient parfaitement adopter des positions largement divergentes si et lorsqu'ils sont confrontés à la nécessité de prendre une décision dans ce domaine. Les titulaires de brevet et le grand public qui peuvent être des utilisateurs d'objets brevetables n'ont actuellement aucune certitude quant à la question de savoir si, en cas de litige, les brevets qui ont été accordés dans ce domaine seront confirmés.

Par ailleurs, l'existence dans la protection juridique d'une telle incertitude et de telles divergences peut avoir un effet négatif sur les décisions en matière d'investissement et la libre circulation des marchandises dans le marché intérieur. L'exemple le plus évident est peut être celui où un produit est considéré comme brevetable dans la juridiction d'un État membre mais pas dans celle d'un autre État membre. Dans une telle situation, l'environnement concurrentiel des produits innovateurs sera radicalement différent selon qu'ils sont protégés ou non tandis que des copies non agréées ne pourront franchir les frontières intérieures de la Communauté en provenance d'États membres où la protection, lorsqu'elle existe, leur a été refusée. Les entreprises qui envisagent l'implantation d'installations de développement ou la pénétration de nouveaux marchés risquent d'être influencées dans leurs décisions par le degré de certitude sur la protection accordée par les tribunaux locaux aux inventions mises en œuvre par ordinateur.

Il convient également de rappeler que des brevets peuvent être obtenus par des canaux purement nationaux sans la participation de l'Office européen des brevets. Les arguments susmentionnés concernant les divergences entre les législations nationales s'appliquent également dans de telles situations mais il faut y ajouter le facteur supplémentaire qu'est le fait que les demandes de brevets seront pleinement traitées et satisfaites exclusivement en application des droits nationaux. Ainsi, même le facteur unificateur que représente l'OEB en tant qu'autorité responsable unique sera absent avec la conséquence que les éléments de la même "famille" de brevets de différents pays (c'est-à-dire tous les brevets concernant la même invention ou issus d'une demande originale unique) pourraient être d'emblée accordés avec des domaines de protection très différents.

En ce qui concerne les différences spécifiques entre la jurisprudence des tribunaux du Royaume-Uni et celle de la chambre de recours de l'OEB, celles-ci ont trait à la manière dont le droit est interprété en ce qui concerne les objets exclus en général. Selon la jurisprudence du Royaume-Uni (et contrairement à celle de l'OEB), une invention liée à un programme d'ordinateur qui consiste, par exemple, en une méthode pour l'exercice d'activités économiques ou d'activités intellectuelles, ne peut faire l'objet d'un brevet même si une contribution technique est constatée (dans les termes définis par la présente directive). C'est ce qu'illustrent les affaires *Merrill Lynch*²⁵, en ce qui concerne les méthodes pour l'exercice d'activités économiques et *Raytheon Co's Application*²⁶, pour les activités intellectuelles.

En revanche, il a été estimé que la jurisprudence allemande n'excluait pas la possibilité que les méthodes pour l'exercice d'activités économiques revêtant un caractère technique, pouvaient faire l'objet de brevet même si la seule contribution faite par l'invention est de nature non technique²⁷. Cette interprétation renforcerait la brevetabilité de manière significative dans ce domaine. Parmi les affaires pertinentes, citons "Automatische Absatzsteuerung"²⁸ et *Sprachanalyseeinrichtung*²⁹. Bien que la *Bundesgerichtshof* ait récemment clarifié sa position³⁰ en affirmant que la démarche correcte est celle adoptée par la chambre de recours de l'OEB et la présente directive, à savoir qu'une contribution technique inventive est une condition préalable essentielle pour déterminer le degré d'inventivité, cet exemple illustre clairement le fait que l'interprétation jurisprudentielle est susceptible de faire évoluer le droit de manière à entraîner des modifications notables des critères de brevetabilité au niveau national.

Outre les différences d'évaluation des critères de brevetabilité, il existe une incertitude quant à la forme des revendications possibles admissibles. Bien que le Royaume-Uni ait agi rapidement pour annoncer³¹, que son office des brevets autoriserait les revendications de progiciel sous la forme approuvée dans les deux décisions de la chambre de recours de l'OEB *computer program product i and ii*, et que cette démarche a récemment été confirmée par la cour fédérale de justice³², les autres Etats membres ne se sont pas encore clairement manifestés en ce sens.

²⁵ [1989] RPC 569.

²⁶ [1993] RPC 427, confirme à cet égard *Wang Laboratories Inc's Application* [1991] RPC 463.

²⁷ Cf., en ce sens Nack, Ralph, Sind jetzt computerimplementierte Geschäftsmethoden patentfähig? – Analyse der Bundesgerichtshofs-Entscheidung "Sprachanalyseeinrichtung", [2000] GRUR Int. 853.

²⁸ [1999] GRUR 1078.

²⁹ [2000] GRUR 930

³⁰ Affaire X ZB 16/00 (décision de la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof* (BGH) publiée le 17 octobre 2001.

³¹ Voir "U.K. Patent Office practice notice" du 19.4.1999 de l'office des brevets du Royaume-Uni (disponible sur le site Web de l'office des brevets à l'adresse: <http://www.patent.gov.uk/patent/notices/practice/computer.htm>).

³² Affaire X ZB 16/00 (*Supra*). la BGH a contesté un jugement antérieur de la cour fédérale allemande des brevets (*Bundespatentgericht*) qui soutenait qu'une revendication pour un support ne contenant qu'un programme d'ordinateur n'était pas admissible. La cour semble ainsi avoir manifesté indirectement son approbation de la pratique de l'OEB consistant à autoriser les revendications de programmes d'ordinateur en tant que tels à condition que, dans les cas où ils sont associés à des appareils informatiques, il y ait contribution technique.

LA DEMARCHE ADOPTEE

Les conclusions tirées par la Commission de l'incidence des brevets délivrés pour des inventions mises en œuvre par ordinateur, sur l'innovation et la concurrence et les entreprises européennes, conduisent à penser que la directive devrait harmoniser la protection des inventions mises en œuvre par ordinateur en évitant tout changement soudain de la situation juridique et notamment toute extension de la brevetabilité des programmes d'ordinateur en tant que tels. Une clause de sauvegarde importante est représentée par l'article 5 qui fait obligation à la Commission de rendre compte au Parlement européen et au Conseil dans un délai de trois ans suivant l'entrée en vigueur de la directive concernant l'incidence des inventions mises en œuvre par ordinateur sur l'innovation. Compte tenu de l'expérience acquise dans la mise en œuvre de la directive et des rapports du panel spécial, la Commission pourrait envisager de proposer des modifications de la directive.

Bien que le système de brevet doive être adapté le cas échéant pour répondre au besoin de protection des inventions dans de nouveaux domaines techniques, de tels développements devraient reposer sur les principes généraux du droit européen des brevets, tels qu'ils ont évolué dans l'histoire. Ces principes sont exprimés en particulier dans la règle selon laquelle une invention, pour être brevetable, doit apporter une *contribution technique* à l'état de la technique.

La Commission estime que la Communauté devrait, au moins provisoirement, en rester à ce stade et éviter d'étendre la protection par brevet conférée aux inventions mises en œuvre par ordinateur, en supprimant par exemple le critère de la contribution technique. Une telle ligne de conduite permettrait de breveter les méthodes pour l'exercice d'activités économiques mises en œuvre par ordinateur. L'expérience américaine dans ce domaine est encore trop récente et les effets des brevets appliqués à des méthodes pour l'exercice d'activités économiques sur l'économie en général et sur le commerce électronique en particulier, ne peuvent encore être pleinement mesurés. Ce thème suscite par ailleurs un débat considérable aux Etats-Unis où certains estiment que de tels brevets peuvent ralentir le développement du commerce électronique. Il convient également de noter qu'une harmonisation en ce sens ne signifierait rien d'autre que l'établissement d'un ensemble de règles applicables aux inventions mises en œuvre par ordinateur se distinguant des principes plus généraux du droit européen des brevets qui ont toujours requis une contribution technique.

En codifiant l'exigence d'une contribution technique, la directive devrait assurer qu'il ne sera pas délivré de brevets concernant des méthodes "pures" pour l'exercice d'activités économiques ou plus généralement, pour des processus sociaux.

Il devrait être ainsi assuré que les brevets délivrés pour des inventions mises en œuvre par ordinateur dans la Communauté ont une incidence positive sur l'innovation et sur les entreprises européennes et n'entravent pas la concurrence de manière déloyale.

Les brevets délivrés pour les inventions mises en œuvre par ordinateur revêtent de l'importance pour toutes les entreprises du secteur du logiciel, y compris les PME. Toutefois, celles-ci n'ont souvent guère voire aucune expérience du système des brevets. Elles préfèrent donc souvent se reposer uniquement sur le droit d'auteur qui accorde une protection aux programmes d'ordinateur en tant qu'œuvres littéraires. Pour permettre aux PME de tirer pleinement parti des différentes possibilités offertes par le système des brevets, il leur faut pouvoir accéder facilement aux informations sur les moyens d'obtenir la protection par brevet, les avantages conférés par cette protection et les conditions d'obtention des brevets pour leurs propres inventions, d'octroi de licences pour ces inventions et de protection de licences de brevets d'autres titulaires de brevets. Il revient aux États membres de déterminer si leurs services (et plus précisément leurs offices des brevets) doivent mener des campagnes d'information particulières concernant les inventions mises en œuvre par ordinateur.

La proposition d'action communautaire satisfait aux critères de subsidiarité étant donné que ses objectifs ne peuvent être réalisés au niveau national. En fait, la jurisprudence et les pratiques administratives des États membres concernant les inventions mises en œuvre par ordinateur diffèrent depuis de nombreuses années et rien n'indique que ces pratiques convergeront si aucune mesure législative n'est prise. En raison de l'incidence transfrontalière de ces pratiques, les objectifs ne peuvent être réalisés que par une action communautaire.

Les moyens de l'action communautaire sont également proportionnels à ses objectifs. La directive est strictement limitée à la définition des règles de base concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur. Dans toute la mesure du possible, le droit général des brevets en ce qui concerne particulièrement les procédures et la substance ainsi que l'interprétation qui en est faite par les juridictions nationales, continuera de s'appliquer et de compléter la directive pour autant qu'il n'est pas en contradiction avec celle-ci.

L'harmonisation et une plus grande transparence devraient inciter les entreprises européennes et en particulier les PME à utiliser les brevets pour pleinement exploiter leurs inventions mises en œuvre par ordinateur.

BASE JURIDIQUE DE L'HARMONISATION

La mesure ayant pour objet la réalisation du marché intérieur par le rapprochement des dispositions définies par le droit, la réglementation ou l'action administrative des États membres concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, la Commission propose de retenir l'article 95 du traité CE comme base juridique de l'harmonisation. Cela a été le cas pour d'autres directives rapprochant les législations nationales en matière de propriété intellectuelle³³ et surtout dans la récente directive 98/44/CE relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques. Le bien-fondé de cette base juridique dans les circonstances entourant la brevetabilité a été reconnu par la Cour de justice à plusieurs

³³ Cf. p. ex. la directive 89/104/CEE rapprochant les législations des États membres sur les marques (JO L 40 du 11 février 1989, p. 1) ; la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (JO L 122 du 17 mai 1991, p. 42) ; la directive 93/98/CEE relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (JO L 290 du 24 novembre 1993, p. 9) ; et la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données (JO L 77 du 27 mars 1996, p. 20).

reprises³⁴. et notamment en ce qui concerne la directive 98/44/CE susmentionnée, dans un récent arrêt de la Cour de justice³⁵ qui examine la base juridique de façon approfondie.

EXPLICATION DE LA DIRECTIVE ARTICLE PAR ARTICLE

Article 1

Disposition classique définissant le champs d'application de la directive qui fixe les règles relatives à la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur. L'expression d'"invention mise en œuvre par ordinateur" est définie à l'article 2.

Article 2

Suivant cet article, on entend par "invention mise en œuvre par ordinateur" toute invention mise en œuvre sur un ordinateur ou un appareil similaire, réalisée par l'exécution d'un programme d'ordinateur. Il résulte de cette définition que le caractère de "nouveau" d'une invention quelconque au sens de la présente directive ne réside pas nécessairement en une caractéristique technique. L'emploi de l'expression "à première vue" pour qualifier des "caractéristiques nouvelles" signifie qu'il n'est pas nécessaire d'établir la nouveauté effective (en menant par exemple une recherche) afin de déterminer si une invention alléguée est couverte par cette définition. Comme l'indiquent le considérant 11 et l'article 4, la présence d'une "contribution technique" doit être évaluée non pas en relation avec la nouveauté mais en tant qu'activité inventive. L'expérience montre que cette démarche est plus simple à appliquer en pratique.

"La contribution technique" se définit comme une contribution à l'état de la technique dans un domaine technique qui n'est pas évidente pour un homme du métier.

³⁴ Cf. avis 1/94, compétences de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle, 15.11.1994, p.. I-5267, et aff. C-350/92 *Royaume d'Espagne/Conseil* [13.7.1995] p.. I-1985.

³⁵ C-377/98 *Pays-Bas contre Parlement et Conseil*. Il a été conclu que (§ 18-20):
"D'autre part, en obligeant les États membres à protéger les inventions biotechnologiques au moyen de leur droit national des brevets, la directive a effectivement pour objet de prévenir des atteintes à l'unicité du marché intérieur qui pourraient résulter du fait que les États membres décident unilatéralement d'accorder ou de refuser une telle protection.
Le requérant soutient toutefois, en second lieu, que, si l'application par les États membres des dispositions pertinentes du droit international laissait place à des incertitudes juridiques, celles-ci auraient dû être levées non par une mesure communautaire d'harmonisation, mais par une renégociation des instruments juridiques internationaux comme la CBE, afin de parvenir à une clarification de leurs règles.
Cet argument n'est pas fondé. En effet, l'objet d'une mesure d'harmonisation est de réduire les obstacles au fonctionnement du marché intérieur que constituent des différences de situation entre les États membres, d'où que celles-ci proviennent. Si les divergences résultent d'une interprétation non concordante, ou risquant de le devenir, de notions figurant dans des instruments juridiques internationaux auxquels sont parties les États membres, rien n'interdit en principe de recourir à l'adoption d'une directive comme moyen d'assurer une interprétation commune aux États membres de pareilles notions"

Article 3

L'article 3, dans le contexte du considérant 6, reflète l'article 27, premier paragraphe de l'accord sur les ADPIC, selon lequel un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines techniques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. Une invention mise en œuvre par ordinateur est définie comme appartenant à un domaine technique. Toutefois, un algorithme défini sans référence à un environnement physique ne correspond pas à la définition d'une "invention mise en œuvre par ordinateur" et ne relève pas d'un domaine de la technique.

Article 4

L'article 4, premier paragraphe, fait obligation aux États membres de protéger les inventions mises en œuvre par ordinateur comme n'importe quelle autre invention soumise aux critères de base de la nouveauté, de l'activité inventive et de l'applicabilité industrielle, suivant les termes de l'article 52, paragraphe 1 de la Convention sur le brevet européen.

Le paragraphe 2 dispose que pour impliquer une activité inventive, une invention mise en œuvre par ordinateur doit apporter à l'état de la technique une contribution technique, c'est-à-dire une contribution à l'état de la technique dans un domaine technique qui n'est pas évidente pour un homme du métier (article 2). Celle-ci doit être considérée comme une qualification et non comme un substitut de la définition de l'activité inventive de l'article 56 de la CBE, qui dispose qu'une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique. Ce critère général s'applique déjà à toutes les inventions brevetables, bien qu'évidemment, lors de l'évaluation de l'activité inventive des inventions dans des domaines où il est rarement question d'exception (par exemple dans le domaine de la construction mécanique), il n'est normalement pas nécessaire de déterminer si une contribution est technique ou non.

Ainsi, une invention mise en œuvre par ordinateur dans laquelle la contribution à l'état antérieur de la technique ne présente pas de caractère technique, sera considérée comme n'impliquant pas une activité inventive *même si la contribution (non technique) à l'état de la technique n'est pas évidente*. Lorsque l'on évalue une activité inventive, il convient de déterminer ce qui doit être inclus dans l'état de la technique et les connaissances de la personne compétente, conformément aux critères appliqués lors de l'évaluation de l'activité inventive en général (voir par exemple la seconde phrase de l'article 56 de la CBE).

L'article 4, paragraphe 3, dispose que l'invention doit être évaluée dans sa totalité pour déterminer la contribution technique. Cette disposition est conforme aux décisions des chambres de recours de l'OEB dans les affaires *Controlling Pension Benefits*³⁶ et *Koch & Sterzel*³⁷ selon lesquelles il ne doit pas y avoir de "pondération" entre les caractéristiques techniques et non techniques pour essayer de déterminer les aspects contribuant le plus au succès de l'invention.

³⁶ Voir note 20

³⁷ T26/86 (21.5.87) [1988] JO OEB 19

Il résulte de ce qui précède qu'une invention qui présente des aspects exclus en vertu de l'article 52, paragraphe 2 de la CBE (par exemple une méthode pour l'exercice d'activités économiques) peut quand même faire l'objet d'un brevet **si elle apporte une contribution technique non évidente**. Toutefois, en l'absence de contribution technique, *par exemple*, lorsque la contribution à l'état de la technique réside totalement dans des aspects non techniques comme ce serait le cas si la contribution ne consistait qu'en une méthode pour l'exercice d'activités économiques, il n'y aura pas d'objet brevetable. Cette approche a une autre conséquence logique: bien qu'une revendication valable puisse comprendre des caractéristiques techniques et non techniques, les caractéristiques purement non techniques ne peuvent être monopolisées isolément des caractéristiques techniques.

L'expression "contribution technique" est utilisée dans la jurisprudence des chambres de recours de l'OEB depuis de nombreuses années³⁸. Conformément à la jurisprudence de l'OEB, une contribution technique peut résulter :

- du problème sous-jacent et être résolu par l'invention revendiquée;
- des moyens, c'est-à-dire des caractéristiques techniques constituant la solution au problème sous-jacent;
- des effets obtenus dans la résolution du problème sous-jacent;
- de la nécessité de prendre en considération des aspects techniques pour aboutir à l'invention mise en œuvre par ordinateur telle que revendiquée.

Article 5

Conformément à l'article 27, premier paragraphe, de l'accord sur les ADPIC, un brevet peut être obtenu pour toute invention de produit ou de procédé. L'article 5 dispose qu'une invention mise en œuvre par ordinateur peut être revendiquée soit en tant qu'ordinateur programmé ou appareil similaire (*c'est-à-dire* en tant que produit) soit en tant que procédé exécuté par un tel appareil.

Il convient de noter que la proposition n'a pas suivi la pratique de l'OEB autorisant les revendications pour des logiciels en tant que tels ou sur un support, étant donné que cela pourrait être considéré comme autorisant la prise de brevet sur des programmes d'ordinateur "en tant que tels".

Article 6

L'article 6 préserve expressément l'application des dispositions de la directive 91/250/CEE en matière de décompilation et d'interopérabilité.

Article 7

L'article 7 fait obligation à la Commission de surveiller l'incidence des inventions mises en œuvre par ordinateur sur l'innovation et la concurrence, en Europe et dans le monde, ainsi que sur les entreprises européennes, y compris le commerce électronique.

³⁸ Cf. aff. *Vicom* T208/84 (15.7.1986) [1987] JO OEB 14

Article 8

Le présent article fait obligation à la Commission de rendre compte au Parlement et au Conseil de l'application de cette directive, dans les trois années suivant la date à laquelle les États membres devront avoir transposé ses dispositions dans le droit national. Ce cadre réglementaire offre une garantie importante qui devrait permettre de détecter et de signaler tout effet négatif de la directive.

Articles 9, 10 et 11

Ce sont des articles standards régissant l'entrée en vigueur de la directive et sa transposition par les États membres.

Pour mettre en œuvre cette directive, les États membres doivent appliquer de nouvelles dispositions dans leur droit des brevets, qui, en particulier, précisent que les critères de brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur sont fixés par les articles 1 à 5 de la directive. Celle-ci n'exige pas que les États membres modifient leur droit des brevets en ce qui concerne les autres exceptions à la brevetabilité visées à l'article 52, paragraphe 2 de la CBE.

Au-delà des dispositions de la présente directive, les prescriptions juridiques de forme et de fond des législations européennes sur les brevets et les accords internationaux contraignants continuent d'être la base de la protection juridique des inventions mises en œuvre par ordinateur.

Proposition de

DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL

concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité instituant la Communauté européenne et notamment son article 95,

vu la proposition de la Commission³⁹,

vu l'avis du Comité économique et social⁴⁰,

Statuant conformément à la procédure prévue à l'article 251 du traité⁴¹,

Considérant ce qui suit:

- (1) La réalisation du marché intérieur implique que l'on élimine les restrictions à la libre circulation et les distorsions à la concurrence, tout en créant un environnement favorable à l'innovation et à l'investissement. Dans ce contexte, la protection des inventions par brevet est un élément essentiel du succès du marché intérieur. Une protection effective et harmonisée des inventions mises en œuvre par ordinateur dans tous les États membres est essentielle pour maintenir et encourager les investissements dans ce domaine.
- (2) Des différences existent dans la protection des inventions mises en œuvre par ordinateur conférées par les pratiques administratives et la jurisprudence des États membres. Ces différences pourraient créer des entraves aux échanges et faire ainsi obstacle au bon fonctionnement du marché intérieur.
- (3) De telles différences résultent du fait que les États membres adoptent de nouvelles pratiques administratives qui diffèrent les unes des autres ou que les jurisprudences nationales interprétant la législation actuelle évoluent différemment.
- (4) Ces différences pourraient prendre de l'ampleur avec le temps. La diffusion et l'utilisation croissantes de programmes d'ordinateurs dans tous les domaines de la technique et les moyens de diffusion mondiale via l'Internet sont un facteur critique de l'innovation technologique. Il convient donc de veiller à ce que les développeurs et les utilisateurs de programmes d'ordinateurs dans la Communauté bénéficient d'un environnement optimal.

³⁹ JO C, , p.

⁴⁰ JO C, , p.

⁴¹ JO C, , p.

- (5) En conséquence, les règles de droit telles qu'interprétées par les tribunaux des États membres doivent être harmonisées et les dispositions régissant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur doivent être rendues transparentes. La sécurité juridique qui en résulte devrait permettre aux entreprises de tirer le meilleur parti des brevets pour les inventions mises en œuvre par ordinateur et stimuler l'investissement et l'innovation.
- (6) La Communauté et ses États membres sont liés par l'accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), approuvé par la décision 94/800/CE du Conseil, du 22 décembre 1994, relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords des négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994)⁴². L'article 27, premier paragraphe, de l'accord sur les ADPIC dispose qu'un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines techniques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. En outre, selon l'accord sur les ADPIC, des brevets peuvent être obtenus et des droits de brevets exercés sans discrimination quant au domaine technique. Ces principes devraient donc s'appliquer aux inventions mises en œuvre par ordinateur.
- (7) En vertu de la Convention sur la délivrance de brevets européens signée à Munich, le 5 octobre 1973, et du droit des brevets des États membres, les programmes d'ordinateurs ainsi que les découvertes, théories scientifiques, méthodes mathématiques, créations esthétiques, plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques et les présentations d'informations, ne sont pas considérés comme des inventions et sont donc exclus de la brevetabilité. Cette exception ne s'applique cependant et n'est justifiée que dans la mesure où la demande de brevet ou le brevet concerne ces objets ou ces activités en tant que tels parce que lesdits objets et activités en tant que tels n'appartiennent à aucun domaine technique.
- (8) La protection par brevet permet aux innovateurs de tirer profit de leur créativité. Les droits de brevet protègent l'innovation dans l'intérêt de la société dans son ensemble mais ils ne doivent pas être utilisés d'une manière anticoncurrentielle.
- (9) Conformément à la directive du Conseil 91/250/CEE du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs⁴³, toute expression d'un programme d'ordinateur original est protégée par un droit d'auteur en tant qu'œuvre littéraire. Toutefois, les idées et principes qui sont à la base de quelques éléments que ce soit d'un programme d'ordinateur ne sont pas protégés par le droit d'auteur.
- (10) Pour être considérée comme brevetable, une invention doit présenter un caractère technique et donc appartenir à un domaine technique.
- (11) Bien que les inventions mises en œuvre par ordinateur soient considérées comme appartenant à un domaine technique, elles devraient, comme toutes les inventions,

⁴² JO L 336, 23.12.1994, p. 1

⁴³ JO 122 , 17.5.1991 p. 42– directive modifiée par la directive 93/98/CEE (JO L 290, 24.11.1993, p. 9).

apporter une contribution technique à l'état de la technique pour répondre au critère de l'activité inventive.

- (12) En conséquence, lorsqu'une invention n'apporte pas de contribution technique à l'état de la technique, parce que, par exemple, sa contribution spécifique ne revêt pas un caractère technique, elle ne répond pas au critère de l'activité inventive et ne peut donc faire l'objet d'un brevet.
- (13) Une procédure définie ou une séquence d'actions exécutées sur un appareil tel qu'un ordinateur, peut apporter une contribution technique à l'état de la technique et constituer ainsi une invention brevetable. Par contre, un algorithme défini sans référence à un environnement physique ne présente pas un caractère technique et ne peut donc constituer une invention brevetable.
- (14) La protection juridique des inventions mises en œuvre par ordinateur ne devrait pas nécessiter l'établissement d'une législation distincte en lieu et place des dispositions du droit national des brevets. Les règles du droit national des brevets doivent continuer de former la base de référence de la protection juridique des inventions mises en œuvre par ordinateur, même si elles doivent être adaptées ou ajoutées en fonction de certaines contraintes spécifiques définies dans la directive.
- (15) La présente directive devrait se borner à fixer certains principes s'appliquant à la brevetabilité de ce type d'inventions, ces principes ayant notamment pour but d'assurer que les inventions appartenant à un domaine technique et apportant une contribution technique peuvent faire l'objet d'une protection et inversement d'assurer que les inventions qui n'apportent pas de contribution technique ne peuvent bénéficier d'une protection.
- (16) La position concurrentielle de l'industrie européenne vis-à-vis de ses principaux partenaires commerciaux serait améliorée si les différences actuelles dans la protection juridique des inventions mises en œuvre par ordinateur étaient éliminées et si la situation juridique était transparente.
- (17) La présente directive ne préjuge pas de l'application des règles de concurrence, en particulier des articles 81 et 82 du traité.
- (18) Les actes permis en vertu de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateurs par un droit d'auteur, notamment les dispositions particulières relatives à la décompilation et à l'interopérabilité ou les dispositions concernant les topographies des semi-conducteurs ou les marques, ne sont pas affectés par la protection octroyée par les brevets d'invention dans le cadre de la présente directive.
- (19) Dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire, la Communauté est en droit d'adopter des mesures conformément au principe de subsidiarité énoncé à l'article 5 du traité. Conformément au principe de proportionnalité, tel qu'énoncé dans cet article, la présente directive ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs fixés,

ONT ARRÊTÉ LA PRÉSENTE DIRECTIVE:

Article premier

Champ d'application

La présente directive établit des règles concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur.

Article 2

Définitions

Aux fins de la présente directive, les définitions suivantes s'appliquent:

- (a) "invention mise en œuvre par ordinateur" désigne toute invention dont l'exécution implique l'utilisation d'un ordinateur, d'un réseau informatique ou d'autre appareil programmable et présentant une ou plusieurs caractéristiques à première vue nouvelles qui sont réalisées totalement ou en partie par un ou plusieurs programmes d'ordinateurs ;
- (b) "contribution technique" désigne une contribution à l'état de la technique dans un domaine technique, qui n'est pas évidente pour une personne du métier.

Article 3

Domaine technique

Les États membres veillent à ce qu'une invention mise en œuvre par ordinateur soit considérée comme appartenant à un domaine technique.

Article 4

Conditions de brevetabilité

1. Les États membres veillent à ce qu'une invention mise en œuvre par ordinateur soit brevetable à la condition qu'elle soit susceptible d'application industrielle, qu'elle soit nouvelle et qu'elle implique une activité inventive.
2. Les États membres veillent à ce que pour impliquer une activité inventive, une invention mise en œuvre par ordinateur apporte une contribution technique.
3. La contribution technique est évaluée en prenant en considération la différence entre l'objet de la revendication de brevet considéré dans son ensemble, dont les éléments peuvent comprendre des caractéristiques techniques et non techniques, et l'état de la technique.

Article 5

Forme des revendications

Les États membres veillent à ce qu'une invention mise en œuvre par ordinateur puisse être revendiquée en tant que produit, c'est-à-dire en tant qu'ordinateur programmé, réseau informatique programmé ou autre appareil programmé ou en tant que procédé, réalisé par un tel ordinateur, réseau d'ordinateur ou autre appareil à travers l'exécution d'un programme.

Article 6

Rapport avec la directive 91/250/CE

Les actes permis en vertu de la directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur par un droit d'auteur, notamment les dispositions particulières relatives à la décompilation et à l'interopérabilité ou les dispositions concernant les topographies des semi-conducteurs ou les marques, ne sont pas affectés par la protection octroyée par les brevets d'invention dans le cadre de la présente directive.

Article 7

Suivi

La Commission surveille l'incidence des inventions mises en œuvre par ordinateur sur l'innovation et la concurrence en Europe et dans le monde entier ainsi que sur les entreprises européennes y compris le commerce électronique.

Article 8

Rapport sur les effets de la directive

La Commission soumet au Parlement européen et au Conseil, pour le [DATE (*trois ans à compter de la date spécifiée à l'article 9 (1)*)] au plus tard, un rapport indiquant :

- (a) l'incidence des brevets délivrés pour des inventions mises en œuvre par ordinateur sur les éléments mentionnés à l'article 7;
- (b) si les règles régissant la détermination des critères de brevetabilité en ce qui concerne plus précisément la nouveauté, l'activité inventive et la portée des revendications sont adéquates : et
- (c) si des difficultés sont apparues dans les États membres où les aspects de la nouveauté et de l'activité inventive des inventions ne sont pas examinés avant la délivrance d'un brevet et si des mesures doivent être prises, le cas échéant, pour y remédier.

Article 9

Mise en œuvre

1. Les États membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive, au plus tard le [DATE (*dernier jour d'un mois*)] et en informent immédiatement la Commission.

Lorsque les États membre adoptent ces dispositions, celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle. Les États membres déterminent la manière dont cette référence doit être faite.

2. Les États membres communiquent à la Commission le texte des dispositions de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine couvert par la présente directive.

Article 10

Entrée en vigueur

La présente directive entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*.

Article 11

Destinataires

Les États membres sont destinataires de la présente directive.

Fait à Bruxelles,

Par le Parlement européen
Le Président

Par le Conseil
Le Président

FICHE FINANCIÈRE

1. INTITULÉ DE L'ACTION

Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur.

2. LIGNES BUDGÉTAIRES CONCERNÉES

Aucune.

3. BASE JURIDIQUE

Article 95 du traité CE.

4. DESCRIPTION DE L'ACTION

4.1. Objectif général

Harmonisation et clarification du droit des brevets et des pratiques des États membres concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur.

4.2. Période couverte par l'action et modalités prévues pour son renouvellement

Non spécifiée.

5. CLASSIFICATION DE LA DÉPENSE

6. TYPE DE LA DÉPENSE

7. INCIDENCE FINANCIÈRE (sur la partie B)

Aucune

8. DISPOSITIONS ANTIFRAUDE

9. ÉLÉMENTS D'ANALYSE COÛT-EFFICACITÉ

9.1. Objectifs spécifiques et quantifiables; population visée

En clarifiant le cadre juridique concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, l'initiative devrait permettre aux entreprises et notamment aux PME en Europe de mieux tirer parti de la possibilité de faire breveter ce type d'inventions. La proposition de directive devrait également faciliter l'échange transfrontalier de logiciels brevetés en harmonisant les critères de brevetabilité.

Les entreprises européennes devraient aussi bénéficier de la plus grande sécurité résultant de la mise au point selon laquelle les méthodes pour l'exercice d'activités économiques mises en œuvre par ordinateur qui ne présentent pas de caractère technique (méthodes pour l'exercice d'activités économiques dites "pures"), ne peuvent faire l'objet d'un brevet. L'environnement qui en résultera permettra aux méthodes innovatrices de ce type de prospérer sans crainte d'une action juridique dommageable.

9.2. Justifications de l'action

Les milieux intéressés consultés se sont déclarés nettement en faveur d'une harmonisation du droit et des pratiques sur ce thème, lesquelles devraient également lever l'ambiguïté et l'insécurité juridique qui l'entourent.

9.3. Suivi et évaluation de l'action

L'article 5 de la proposition de directive prévoit que la Commission soumette un rapport au Parlement et au Conseil dans les trois années suivant l'expiration du délai fixé pour la mise en œuvre de la proposition de directive. La Commission rend compte par des documents de service établis par le personnel chargé de l'administration de l'action. Toute proposition de modification du système proposé peut être formulée à ce moment.

10. DÉPENSES ADMINISTRATIVES (PARTIE A DE LA SECTION III DU BUDGET GÉNÉRAL)

Ne s'applique pas.

10.1. Incidence sur le nombre de postes

Ne s'applique pas.

10.2. Conséquences financières globales dues à l'augmentation des effectifs

Ne s'applique pas.

10.3. Augmentation des autres dépenses administratives résultant de l'action

Les dépenses directes résultent de la nécessité de suivre et de rendre compte de l'exécution de la directive conformément à l'article 5. À cet effet, il est à prévoir, le cas échéant, l'engagement d'un consultant pour rédiger le rapport ainsi que la convocation d'une ou de plusieurs réunions d'experts et/ou des milieux intéressés dont les frais de voyage ne sont pas pris en charge, mais auxquels des installations de conférence doivent être mises à disposition. Les dépenses varient au cours des trois premières années suivant l'entrée en vigueur de la directive mais sont estimées à une moyenne de 100.000 euros par an. À long terme, la directive n'a qu'un effet négligeable sur les dépenses administratives.

FICHE D'ÉVALUATION D'IMPACT

Titre de la proposition:

Proposition de directive concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur

Numéro de référence

La proposition

1. Compte tenu du principe de subsidiarité, pourquoi une législation communautaire est-elle nécessaire dans ce domaine et quels sont ses principaux objectifs?

L'harmonisation des parties correspondantes des droits nationaux des brevets ne peut être mise en œuvre que par une action communautaire. Les pratiques administratives et la jurisprudence de chaque État membre diffèrent depuis de nombreuses années. Bien qu'il existe une certaine convergence entre les pratiques des chambres de recours de l'OEB et de la Cour fédérale de justice allemande, rien n'indique que l'on parviendrait à une convergence des pratiques dans la Communauté européenne en l'absence de toute mesure législative.

L'incidence sur les entreprises

2. Qui sera touché par la proposition?

– *Secteurs concernés*

C'est en premier lieu l'industrie du logiciel qui devrait profiter de la sécurité juridique accrue que représente la délivrance de brevets pour des inventions mises en œuvre par ordinateur et y trouver une incitation à développer les investissements et l'innovation. La mise au point sur le fait que les produits qui n'impliquent aucune contribution technique (tels que les méthodes pour l'exercice d'activités économiques "pures") ne peuvent faire l'objet d'un monopole, devrait encourager l'innovation dans ce domaine. Ces facteurs devraient également avoir un effet positif sur les secteurs en amont, c'est-à-dire les fournisseurs de matériaux, les fabricants et les services de commercialisation, mais aussi en aval, tels que les services de distribution, de formation et d'assistance.

En second lieu, le développement de l'innovation dans le domaine du logiciel devrait améliorer la productivité, les capacités et la compétitivité dans pratiquement tous les secteurs. Les TI, la technologie des communications et les logiciels sont les facteurs essentiels de l'amélioration de la compétitivité européenne. Ils ont contribué dans les années quatre-vingt-dix à la restructuration des entreprises européennes engendrée par la concurrence globale. Ils ont enfin entraîné des gains de productivité élevés et amélioré les possibilités de communication des salariés.

Les contributions susmentionnées aux économies de l'Europe occidentale sur lesquelles les brevets de logiciels devraient avoir une incidence positive, ont été identifiées dans une étude sur l'industrie du logiciel commandée par la Business Software Alliance⁴⁴.

– *Taille des entreprises (concentration des petites et moyennes entreprises)*

L'innovation dans le secteur du logiciel doit être exploitée en permanence pour permettre aux entreprises européennes de rester compétitives sur le plan mondial.

Les entreprises de toutes tailles peuvent tirer parti de la proposition dans la mesure où la protection par brevet des inventions mises en œuvre par ordinateur est accessible à tous. Néanmoins, les plus grands bénéficiaires devraient être les petites et moyennes entreprises qui jouent un rôle fondamental d'une importance croissante pour l'innovation dans le domaine du logiciel. Elles sont à même de renforcer leur position économique en protégeant les idées et les principes sous-jacents à leurs inventions mises en œuvre par ordinateur (qui ne peuvent faire l'objet d'une protection par droit d'auteur) contre la prise de contrôle par d'autres parties. Dans le passé, il n'y avait guère de brevets dans l'industrie du logiciel. Cela a probablement permis aux principaux acteurs de s'approprier des idées, en particulier des PME, et de les commercialiser sans rétribuer leurs auteurs. En outre, les grandes entreprises se trouvent dans une meilleure position pour accumuler les portefeuilles de brevets et donc négocier des concessions réciproques de licences. Les petites entreprises peuvent constater, en revanche, que, dans la pratique, elles n'ont guère d'autres possibilités que les brevets pour protéger leurs inventions et en sont donc comparativement plus dépendantes. Les brevets peuvent également représenter le facteur décisif dans l'obtention de capital-risque par les entreprises en phase de démarrage du secteur des logiciels. Ils facilitent aux PME la participation aux appels d'offres, leur introduction en bourse et renforcent leur valeur en cas d'absorption.

Toutefois, un grand nombre de PME ignorent que les inventions mises en œuvre par ordinateur peuvent faire l'objet de brevets, ou inversement s'inquiètent des effets potentiels des brevets pour de telles inventions. Il revient aux États membres de déterminer si leurs services (et plus précisément leurs offices des brevets) doivent mener des campagnes d'information particulières concernant les inventions mises en œuvre par ordinateur.

Compte tenu de ce qui précède, la Commission a engagé un contractant pour mener une étude visant à déterminer la sensibilisation des PME aux brevets de logiciel et identifiant des mesures qui permettraient d'améliorer cette sensibilisation. Dans le cadre de cette étude, le contractant a produit une brochure d'information à l'intention des PME⁴⁵.

En ce qui concerne l'incidence sur les producteurs de "logiciels libres", qui se sont déclarés préoccupés par la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, pratiquement tous les commentaires négatifs émanant de particuliers et de petites

⁴⁴ Cf. étude de Price Waterhouse: "The Contribution of the Packaged Software Industry to the European Economies", mai 1998, disponible sur :

http://www.bsa.org/europe-eng/globalib/econstudies/europe_study98.pdf

⁴⁵ Voir note 10

entreprises visent les brevets délivrés pour des inventions mises en œuvre par ordinateur, lesquels affecteraient la diffusion ("publication") et l'utilisation de programmes exécutés sur un ordinateur standard. L'autre option d'harmonisation proposée par EuroLinux ne s'oppose pas à la délivrance de brevet pour les "inventions traditionnelles incluant un programme d'ordinateur, par exemple dans l'industrie chimique ou la construction mécanique". Néanmoins, le droit européen des brevets dispose d'un nombre substantiel de caractéristiques dont pourraient profiter les producteurs de "logiciels libres" et qui incluent

- * les droits fondés sur l'utilisation antérieure permettant, dans certaines conditions, à un inventeur de continuer à utiliser son invention malgré le fait qu'un brevet ait été déposé ultérieurement sur celle-ci par un tiers;
- * la publication ou l'utilisation publique d'une invention empêchant toute protection ultérieure par brevet de cette invention par un tiers,
- * la définition de la contrefaçon d'un brevet: un programme ne porte atteinte à un brevet que s'il remplit une certaine fonction brevetée de la façon définie dans la revendication de brevet;
- * la procédure d'opposition: les procédures détaillées varient mais seuls les offices des brevets (y compris l'OEB) offrent la possibilité, avant la délivrance d'un brevet, de contester la validité d'un brevet dans une procédure formelle et/ou de formuler des observations concernant la brevetabilité. Par ailleurs, les brevets délivrés peuvent être contestés devant les juridictions nationales;
- * la concession réciproque de licences qui permet aux propriétaires d'au moins deux brevets de se concéder réciproquement des licences; dans certaines circonstances, des licences obligatoires peuvent être obtenues pour un brevet qui ne peut être exploité sans porter atteinte à un brevet antérieur.

– *Y a-t-il dans la Communauté des zones géographiques particulières où ces entreprises sont implantées?*

Étant donné les besoins limités en matière d'équipement technique de la majeure partie du processus de développement de logiciel d'une part et des facilités de communication et d'interconnexion globales offertes par Internet d'autre part, l'implantation géographique ne revêt souvent qu'une importance secondaire.

3. Quelles mesures les entreprises devront-elles prendre pour se conformer à la proposition?

Le renforcement de la sécurité juridique devrait inciter les entreprises à utiliser davantage les brevets pour protéger les inventions mises en œuvre par ordinateur. Il leur revient toutefois de juger si une invention mise en œuvre par ordinateur présente un intérêt économique suffisant justifiant d'engager la procédure de demande de brevet. À mesure que les entreprises déposent des brevets pour des inventions mises en œuvre par ordinateur, elles doivent contrôler les brevets de leurs concurrents pour détecter et éviter de possibles contrefaçons. Ce contrôle permet toutefois aux entreprises d'obtenir d'importantes informations concernant les inventions nouvelles et éventuellement aussi les stratégies commerciales de leurs concurrents.

4. Quels effets économiques la proposition est-elle susceptible d'entraîner?

– *Sur l'emploi*

L'industrie du logiciel apporte une contribution significative aux économies de la CE et crée un nombre substantiel et en augmentation constante d'emplois hautement qualifiés dans l'industrie du logiciel elle-même ainsi que dans les secteurs en amont et en aval.

L'étude commandée par la Business Software Alliance, citée précédemment⁴⁶ estime que l'industrie du progiciel a généré des ventes d'un montant de 37 milliards de dollars et créé 334.181 emplois en Europe occidentale en 1996. Si l'on suppose un taux annuel de croissance du marché de 10 % et une progression simultanée de l'emploi de seulement 5 %, on devrait s'attendre à la création de 92.283 emplois d'ici la fin de la période 1996-2001, soit un total de 426.464 emplois et un marché global d'une valeur de 59,8 milliards de dollars d'ici 2001. L'emploi direct par les éditeurs de progiciel en Europe occidentale représentait 45.388 personnes en 1996. Dans les secteurs en amont, les estimations étaient de 81.016 emplois et dans les secteurs en aval, de 207.777 emplois. Il s'agit d'estimations prudentes. Une étude menée par Datamonitor⁴⁷ concluait que le pourcentage des personnes travaillant dans l'industrie du logiciel en Europe occidentale passerait de 24 % à 71 % entre 1999 et 2003, avec une moyenne de 47 %. Une autre conclusion est que chaque emploi dans le secteur du logiciel crée deux à quatre emplois dans les secteurs en aval et un emploi dans les secteurs en amont.

Il est impossible de prévoir avec une quelconque certitude la progression de l'emploi qui pourrait résulter de la présente proposition. L'ambiguïté de la situation juridique actuelle ainsi que les divergences observées par la présente proposition en matière de jurisprudence et de pratiques administratives ont cependant un effet négatif sur l'innovation. Ces conditions ont un effet proportionnellement plus important sur les petites entreprises qui peuvent manquer des ressources nécessaires pour obtenir une assistance juridique détaillée. Actuellement, quelque 75 % des brevets de logiciel en Europe sont détenus par des entreprises très importantes souvent non européennes. Les entreprises européennes, et en particulier les PME, ne sont pas toujours en mesure de tirer pleinement avantage de leurs inventions mises en œuvre par ordinateur en raison de leur méconnaissance des possibilités juridiques et des avantages offerts par la demande de brevets; elles ne peuvent ainsi réaliser le chiffre d'affaires et les profits maximums qui permettraient à leur tour de créer des emplois.

La présente proposition crée un environnement caractérisé par une sécurité juridique renforcée favorisant l'innovation et contribuant ainsi à la création d'emplois.

– *Sur l'investissement et la création de nouvelles entreprises*

Bien que les développeurs indépendants de logiciels européens ne fassent encore guère usage des brevets pour mobiliser des capitaux ou accorder des licences, un nombre croissant de petites entreprises et en particulier les entreprises en phase de

⁴⁶ Voir note 44

⁴⁷ Voir note 2

démarrage du secteur du logiciel européen, voient dans les brevets un élément central de leur stratégie commerciale car ils jouent un rôle essentiel pour attirer le capital-risque en vue de développer et de commercialiser des inventions liées aux logiciels et/ou d'accorder des licences aux concurrents et/ou de vendre une innovation ou d'accorder une licence sur celle-ci à une grande entreprise. Un grand nombre d'investisseurs de capital-risque ne sont normalement disposés à apporter leur soutien à de nouvelles entreprises reposant sur de nouveaux logiciels que si une protection adéquate, notamment par brevet, est assurée. Un nombre substantiel d'entreprises n'existeraient pas si elles n'avaient pu obtenir une protection par brevet de leurs innovations logicielles.

– *Sur la compétitivité des entreprises*

Sur le plan *interne* (dans la CE), les développeurs indépendants européens de logiciels peuvent soutenir plus efficacement la concurrence des grandes entreprises si l'on encourage la concurrence grâce à une simplification de l'accès au marché pour les petites entreprises innovatrices .

L'existence d'un régime antitrust constitue un important mécanisme de protection contre les abus de position dominante qui pourraient se manifester lorsque la technique brevetée doit former la base d'une norme (par exemple une interface ou un format de fichier). Dans l'avenir, l'importance des normes *de fait* exclusives pourrait diminuer à mesure que la clientèle du commerce électronique s'orientera davantage vers des normes ouvertes garantissant l'interopérabilité des différentes plates-formes sur Internet. D'un autre côté, les applications conçues pour ces plates-formes pourraient rester largement exclusives. Dans la mesure où les normes exclusives restent en place, d'autres industries comme l'industrie électronique, ont montré que des accords volontaires tels que des pools de brevets ou des plates-formes de brevets peuvent constituer des outils adéquats pour la gestion de portefeuilles de brevets essentiels et complexes appartenant à un grand nombre d'entreprises différentes et qui sont indispensables à la création de produits et de services complexes.

Sur le plan *international*, la proposition devrait améliorer la position concurrentielle des entreprises européennes du logiciel vis-à-vis de nos partenaires commerciaux mondiaux, les Etats-Unis et le Japon, où de nombreux brevets de logiciel sont déposés.

5. La proposition contient-elle des mesures visant à tenir compte de la situation spécifique des petites et moyennes entreprises (exigences réduites ou différentes, etc.)?

Eu égard à la nature et au champ d'application de la proposition, il n'est pas possible d'inclure des mesures explicites impliquant un traitement préférentiel des PME. Néanmoins, ces entités devraient bénéficier, en particulier, de la sécurité juridique accrue conférée par la mise en œuvre de la directive (voir précédemment, à la fin de la section 2 ainsi qu'à la section 4 (effets économiques que la proposition est susceptible d'entraîner sur l'investissement et la création de nouvelles entreprises)).

CONSULTATION

6. Liste des organisations qui ont été consultées sur la proposition et exposé des éléments essentiels de leur position

La proposition elle-même n'a pas été distribuée aux milieux intéressés étant donné que la Commission doit encore l'adopter. Néanmoins, le besoin d'une initiative de la Commission dans ce domaine a été identifié par un processus de consultation engagé par la Commission en 1997 avec le Livre vert sur le brevet communautaire et le système des brevets en Europe⁴⁸. Le Parlement européen⁴⁹ et le Comité économique et social⁵⁰ ont tous deux apporté leur soutien à la brevetabilité des inventions impliquant des programmes d'ordinateur. Par ailleurs, les milieux intéressés ont demandé instamment que des mesures législatives soient prises lors de conférences organisées par les présidences du Luxembourg et du Royaume-Uni en coopération avec la Commission. Ces conférences se sont déroulées les 25 et 26 novembre 1997 à Luxembourg⁵¹ et le 23 mars 1998⁵². Dans une communication de suivi au livre vert⁵³, la Commission a fait le bilan du processus de consultation et déclaré que la brevetabilité des programmes d'ordinateur était l'une des priorités identifiées lors de ce processus, sur laquelle la Commission devrait rapidement soumettre une proposition. Les organisations représentant les entreprises européennes, à savoir l'UNICE et l'EICTA⁵⁴, ont invité à nouveau la Commission à prendre une initiative législative sur cette question. En février 2000, par exemple, l'UNICE a renouvelé son appel en faveur d'une action rapide visant à lever l'ambiguïté et l'insécurité juridique entourant la brevetabilité des inventions liées aux logiciels. Si l'on n'agit pas rapidement, le segment respectif du marché sera dominé par les principaux partenaires commerciaux de l'Europe, notamment le Japon et les Etats-Unis, qui n'imposent aucune restriction au dépôt de brevet pour des inventions liées aux logiciels.

La Commission a également distribué un questionnaire sur les principaux points qui devraient être abordés par la directive. Les réponses reçues en 1999 ont été prises en compte dans la présente proposition.

Les services de la Commission ont organisé une réunion avec des représentants des producteurs de "logiciels libres", à savoir une délégation des représentants d'EuroLinux, le 15 octobre 1999 à Bruxelles⁵⁵. Le 18 novembre 1999, le Comité des régions s'est prononcé sur la question⁵⁶. EuroLinux comme le Comité se sont déclarés

⁴⁸ COM(1997) 314 final du 24.6.1997. Ce thème a déjà été traité dans le questionnaire de la Commission sur les droits de propriété industrielle dans la société de l'information, supra, note 34.

⁴⁹ Résolution sur le Livre vert de la Commission, A4-0384/98, compte rendu du 19.11. 1998, paragraphe 16, [1999] JO OEB 197.

⁵⁰ Avis du Comité économique et social sur le Livre vert, [27.4.1998] JO C 129, p. 8, points 1.14., 6.9.1.1. et 6.9.1.2.

⁵¹ Voir point 11 des conclusions de cette audition, JO OEB 1-2/1998, p. 82.

⁵² Le programme de la conférence ainsi que la transcription des interventions sont disponibles sur le Web à l'adresse suivante <http://www.patent.gov.uk>.

⁵³ COM(1999) 42 final du 5.2.1999.

⁵⁴ Voir, par exemple, la prise de position de l'EICTA à l'adresse www.eicta.org.

⁵⁵ Les représentants d'EuroLinux ont publié un compte rendu non officiel et non autorisé de la réunion sur le site Web d'EuroLinux Alliance: <http://eurolinux.ffii.org/news/euipCAen.html>.

⁵⁶ Avis du Comité des régions sur la "compétitivité des entreprises européennes face à la mondialisation - comment l'encourager", JO C 57, 29.2.2000, p. 36 et suivante, points 7.4. et 8.20.

préoccupés du fait que les brevets de logiciels pourraient ralentir les progrès de l'innovation dans ce domaine. Ces préoccupations ont été prises en considération dans la présente proposition.

La Commission a lancé une étude indépendante sur les possibilités d'harmonisation⁵⁷ à la lumière des récents développements intervenus aux Etats-Unis. Bien que la consultation sur le Livre vert ait clairement fait ressortir la nécessité d'harmoniser et de clarifier la situation juridique actuelle, l'étude de l'incidence économique de la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur doit permettre de déterminer l'ampleur de l'harmonisation nécessaire. À cet effet, l'étude a évalué les principales conséquences en matière d'innovation et de concurrence, notamment pour les PME, de l'extension de la protection assurée par le brevet au delà des niveaux actuels. Les résultats de l'étude ainsi que ceux d'autres études économiques pertinentes⁵⁸, ont été pris en compte dans la présente proposition.

Enfin, la Commission a mené une consultation entre octobre et décembre 2000 sur la base d'un document communiqué aux États membres et disponible sur Internet. Ce document sollicitait les avis sur la question de savoir si des mesures devaient être prises au plan communautaire et, en cas de réponse affirmative, à quel niveau. Le document exposait ensuite d'une manière assez détaillée la jurisprudence de l'OEB sur la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur et proposait, sur cette base, un certain nombre d'éléments très spécifiques pouvant pris en compte dans tout exercice d'harmonisation basé sur le *status quo*. 1.447 réponses individuelles ont été reçues; celles-ci ont été analysées par un contractant et résumées dans un rapport qui a également été publié⁵⁹. Si la grande majorité des réponses individuelles étaient opposées aux brevets de logiciel, les réponses collectives émanant des organismes régionaux et sectoriels, représentant des entreprises de toutes tailles dans l'ensemble de l'industrie européenne, étaient unanimes à considérer que la Commission devait agir rapidement suivant plus ou moins les orientations proposées dans le document de réflexion.

⁵⁷ Voir note 11.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Voir note 9