

## Peut-on protéger un logiciel ?

Cette question ne peut trouver une réponse unique sur le plan international. On sait que les Etats-Unis, grand pourvoyeur de logiciels, ont depuis longtemps adopté la protection par brevet d'un logiciel. C'est déjà en 1981 que la Cour Suprême décidait de protéger "tout ce qui est sous le soleil et qui est fait par l'homme".

Au niveau européen au contraire, le système excluait explicitement les logiciels de la protection (art. 52c EPC). Cette différence a profondément marqué les habitudes de part et d'autre de l'Atlantique. En effet, le nombre de dépôts a crû rapidement aux USA, une grande partie desquels étant heureusement sans intérêt. On connaît notamment le brevet "One click" de Amazon (voir ci-dessous) ou le brevet Hypertext de British Telecom dont la fonctionnalité est la base d'Internet.

Les sociétés américaines ne se sont pas limitées au seul territoire national et ont rapidement investi l'Europe. C'est ainsi qu'à coup de jurisprudence, l'Office européen a accepté de protéger des inventions qui ne s'expriment que par l'exécution d'un code d'ordinateur.

Il faut rappeler que précédemment, le seul moyen à disposition des éditeurs de logiciels était le droit d'auteur (copyright). Ce droit ne protège que la copie dudit logiciel, mais pas le concept qui est sous-jacent. Laisserait-on échapper au droit des brevets un pan entier de l'industrie européenne, celui qui est pourtant qualifié de déterminant dans le grand jeu de la maîtrise de l'information ?

La réponse au niveau européen est en demi-teinte. C'est le principe du verre à moitié vide ou à moitié plein selon l'observateur. Une séance spéciale du parlement a adopté une directive (24 septembre 2003) statuant sur une exclusion claire de la protection par brevet du logiciel en tant que tel et plus globalement des

méthodes commerciales, tout en conservant une ouverture pour la pratique actuelle.

Selon les détracteurs des brevets logiciels (Linux, Open Source...) l'Europe n'a pas suivi la tendance américaine et refuse la protection par brevet. A ce propos, rarement sujet n'avait été aussi brûlant et on rapporte que des menaces physiques ont été faites contre des membres du parlement.

Néanmoins, la pratique actuelle de l'Office Européen était en quelque sorte confirmée. Paradoxalement, on parle de 30'000 brevets européens délivrés tout en célébrant la victoire des anti-brevets.

Où en est donc la situation ?

La réponse est dans la formule magique "effet technique". Que cache donc cette incantation ?

L'inventeur doit démontrer que son logiciel est en fait une machine qui apporte une nouvelle solution technique à un problème technique. On parle plutôt de méthode de traitement dont l'ordinateur n'est qu'un instrument.

Comment déterminer si l'on remplit cette condition technique ?

La première question à se poser est : Est-ce que cette méthode était déjà réalisée par d'autres moyens ? On rencontre souvent des personnes qui proposent une approche informatique, donc plus rapide, plus performante, de procédés antérieurement pratiqués de manière manuelle. C'est le cas par exemple de sites Internet qui proposent une centralisation de données auparavant disparates (primes d'assurance maladie, calcul de distance de parcours, millésimes...). Même si c'est la première fois qu'une telle compilation est proposée, la solution dans son ensemble n'est alors pas nouvelle et un brevet ne peut être obtenu dans ce cas.

Comme autre exemple, on peut citer l'idée du paiement par téléphone portable d'une boisson dans un distributeur. On trouve



dans nos magasins, de tels distributeurs qui acceptent le paiement via la facture de téléphone. L'envoi d'un SMS déclenche l'autorisation pour l'automate de vous distribuer une bouteille. Le coût est porté sur la facture de votre portable. Il est possible de protéger cette idée car il y a un parcours surprenant de l'information (du réseau mobile à l'automate de boisson) qui n'a aucune analogie avec l'état de la technique précédant l'arrivée de la téléphonie sans fil.

Bien que cette idée ne s'exprime que par logiciel, le concept vise à résoudre un problème technique qui est de s'affranchir

de disposer de la monnaie nécessaire pour un tel automate. C'est une alternative au paiement par carte, jeton ou clé électronique.

En final, pour se faire une idée sur la protection par brevet des logiciels, plus que toutes les théories sur le sujet, un indice révélateur est le nombre de brevets européens dans cette catégorie qui est estimé à 30'000. Si, comme mentionné plus haut, tout n'est pas protégeable, il reste quand même suffisamment de latitude pour les programmeurs pour se créer un portefeuille d'actifs.

#### ONE CLICK de Amazon

En juin 1997, Amazon dépose son célèbre brevet sur la technologie "One Click", idée qui consiste à mémoriser préalablement les paramètres d'un client dans un serveur et stocker dans l'ordinateur dudit client un identifiant se référant à ces paramètres (connu sous l'appellation cookie). Ceci permet, avec une seule commande, de déclencher l'achat d'un objet en y associant l'identifiant, le fameux "cookie". Cette idée se plaçait comme amélioration du panier d'achat qu'il fallait encore valider.

Dès la délivrance du brevet par l'Office Américain, Amazon a intenté une action en justice (injunction) contre Barnes and Noble, un concurrent de la vente sur Internet. Barnes a réussi en appel à rejeter cette injonction sur la base de nombreux documents démontrant que l'idée n'était pas nouvelle en 1997.

Les parties ont trouvé un accord hors tribunal ce qui laisse toute interprétation difficile. Néanmoins, Amazon n'a plus intenté d'action contre d'autres sociétés.

Si certains pays comme la Nouvelle-Zélande ont accepté le brevet, au Japon (un des trois principaux pays procédant à un examen sur le fond), le brevet a été rejeté pour défaut de nouveauté.

Quant à l'Europe, la demande a été retirée par le déposant ce qui laisse à penser que là aussi, la nouveauté n'a pas pu être démontrée. A remarquer que l'Office Européen n'avait pas exclu un tel procédé simplement du fait qu'il s'agit d'un logiciel. Déposé quelques années plus tôt, Amazon aurait reçu son brevet européen !