

JURIDIQUE – Copyright contre brevet : la guerre des droits n'aura pas lieu

Par **Benoît de Roquefeuil**, Avocat à la Cour, Cabinet Alain Bensoussan

Comme chacun le sait, la propriété intellectuelle recouvre plusieurs domaines de protection, soit en particulier :



- la protection des œuvres littéraires et artistiques correspondant aux droits d'auteur (copyright chez les anglo-saxons),
- la protection des inventions de produits et procédés nouveaux et susceptibles d'applications industrielles correspondant aux brevets (patents chez les anglo-saxons).

Ces droits sont créés pour être complémentaires et non concurrents. Complémentaires parce qu'ils n'adressent pas la même étape du processus de la création intellectuelle, leur objet est donc distinct et, de fait, leur coexistence paisible.

Pourtant, les événements récents entre l'éditeur Microsoft et la Free Software Foundation pourraient laisser craindre le contraire. Sans rentrer dans le débat particulier concernant ces deux acteurs, il convient de rappeler sommairement les faits qui ont conduit à cette récente polémique.

Depuis plus de vingt années maintenant, le *Patent and Trademark Office* américain a délivré un nombre considérable de brevets portant non seulement sur des technologies informatiques susceptibles d'applications industrielles (et ayant un effet technique sensible), au même titre que l'office européen des brevets (de manière plus nuancée et progressive), mais également sur des concepts, algorithmes, protocoles, méthodes...

Cette extension du brevet vers des procédés et produits virtuels a été rendue possible aux Etats-Unis par l'absence de la condition de l'application industrielle dans la législation américaine. Dans un premier temps, les fabricants de matériels informatiques (au premier rang desquels IBM), puis très rapidement les éditeurs de logiciels (au premier rang desquels Microsoft) ont déposé et obtenu de très nombreux brevets couvrant les technologies mises en œuvre dans leur production. En aval de ces technologies, dans le processus d'écriture, de composition et d'assemblage des programmes, les éditeurs mais également tous les auteurs non professionnels de logiciels se voyaient reconnaître du seul fait de leur création des droits d'auteur.

C'est ainsi que se sont constituées deux familles de titulaires de droits entre les titulaires de brevets (les inventeurs) et les titulaires de droits d'auteur (les éditeurs industriels cumulant les portefeuilles de droits dans les deux domaines). La coexistence entre ces deux familles n'a pas posé de difficulté particulière, dès lors que tous les acteurs de la filière économique bien que concurrents poursuivaient des objectifs communs, soit la promotion commerciale de leurs créations intellectuelles.

Une démarche généreuse... et un paradoxe

L'émergence, au début des années 80, des logiciels libres et de la philosophie de gauche d'auteur (copyleft) qui les sous-tend allait bouleverser cet équilibre précaire. En effet, les éditeurs de logiciels libres considérant que leurs créations doivent être ouvertes et mises à la disposition de la communauté, ont opéré une sorte de dévoiement du monopole du droit d'auteur pour justement imposer qu'il soit interdit d'interdire :

- la libre utilisation et reproduction de leur production,
- la libre modification adaptation traduction,
- la libre distribution du produit en open source.

Du fait de la qualité des productions réalisées dans cet optique, les logiciels libres ont d'abord pénétré le monde des universités, puis celui des administrations, pour enfin jouer sur le marché un rôle économique important. Le paradoxe de cette démarche très généreuse, c'est qu'elle risque de conduire à la dégénérescence du droit d'auteur appliqué aux créations logicielles. En effet, sur un plan strictement économique, ce qui crée la valeur d'un logiciel c'est sa rareté, donc le fait qu'il soit sous le monopole d'exploitation d'un seul qui en organise la distribution dans des conditions lui permettant d'en retirer des profits optimaux en alimentant le marché de

manière raisonnable et équilibrée.

Dès lors que le logiciel dans sa substance (soit son code source) n'est plus rare parce que publié par exemple sous la Général Public Licence, sa valeur économique chute et ce en conséquence de l'usage du monopole d'exploitation censé en préserver la valeur. Dès lors, les acteurs du marché, pour reconstituer justement la valeur de leurs actifs, vont naturellement et logiquement rechercher des ressources rares (donc marchandes) leur permettant de poursuivre une exploitation profitable.

C'est ainsi que fabricants et éditeurs ont rappelé récemment que le développement de programmes, leurs assemblage, leur composition nécessitaient l'usage de technologies injustement considérées comme triviales ou communes dès lors qu'elles étaient réservées par le biais de brevets d'invention. Les éditeurs ont ainsi l'occasion de reconstituer un phénomène de rareté de l'offre en ne contrôlant plus (ou moins) l'usage des logiciels, mais l'usage des outils servant à la réalisation des logiciels et qui sont aujourd'hui devenus pour un nombre important d'entre eux des standards.

Finie, la guerre entre inventeurs et auteurs ?

C'est sur ce dernier point que la lutte entre les inventeurs (brevet) et les auteurs (copyright) pourrait connaître son épilogue. En effet, les milliers de brevets de logiciels déposés depuis plus de vingt ans (certains sont déjà dans le domaine public) ont certes fait l'objet de publicité, c'est le pendant obligatoire de l'obtention du titre. Pour autant la publicité de ces brevets a été pour le moins discrète, de telle sorte que l'ampleur du « rights shopping » ne s'est révélée que bien des années après la mise sur le marché de ces technologies.

Le fait que ces technologies n'aient pas été « défendues » ou interdites ou réglementées pendant les premières années de leur mise sur le marché ne leur a pas fait perdre leur caractère protégeable. En revanche, ces technologies ont été si largement diffusées qu'elles ont pu devenir des standards. Et, c'est à partir du moment où les technologies de base ont pu devenir des standards et que la valeur intrinsèque de la protection par le droit d'auteur diminue du fait de la disponibilité des produits complexes que se révèle le caractère privé des outils de base.

Tout ceci a pour effet de déplacer le niveau de la protection et non de le supprimer.

Un tel déplacement provoqué par un dévoiement du régime légal naturellement applicable aux logiciels est préoccupant dans la mesure où il conduit à réserver un monopole d'exploitation très en amont dans le processus de création, ce qui pourrait rendre les efforts de recherche et développement plus difficiles et, en tous cas, plus coûteux.

L'Oeil Expert, septembre 2007

Mis en ligne le 18/09/2007

 [Retour à la liste](#)

A propos de CXP | Recrutement | Mentions légales | Contacts | Accès éditeurs / prestataires | Publicité | Plan du site

© Copyright CXP 2007