

**Les plateformes d'intelligence  
artificielle au service des clients :  
définir les contours des droits de  
propriété intellectuelle et les risques  
liés à leur valeur commerciale**

**Hélène Beauchemin\***

RÉSUMÉ .....	375
INTRODUCTION .....	377
1) LA NATURE DES PLATEFORMES D'IA .....	380
2) LES ENJEUX CONTRACTUELS .....	381
a) La nature des contrats technologiques dans le domaine de l'intelligence artificielle : contrat de services ou de licence ? .....	381
i) Le contrat de services .....	381
ii) Le contrat de licence .....	384
b) Les licences des logiciels libres : un défi supplémentaire ? .....	386
3) LES OBSTACLES EN DROIT DES BREVETS .....	388

---

© Hélène Beauchemin, 2021.

\* Conseillère juridique sénior, Oracle Canada. Les opinions exprimées dans cet article sont uniquement celles de l'auteure et ne représentent pas nécessairement les opinions d'Oracle.

[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

a) Qui est l'inventeur ? .....	389
b) Les critères de brevetabilité .....	391
i) L'objet de l'invention .....	392
ii) La nouveauté .....	393
iii) La non-évidence ou l'activité inventive .....	394
4) L'INTERSECTION ENTRE LE DROIT DES BREVETS ET LE DROIT DES CONTRATS : DES RISQUES MULTIPLES POUR LES CLIENTS DE PLATEFORMES D'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE .....	395
a) Les risques liés à la brevetabilité des inventions découlant de plateformes d'IA .....	396
i) La nouveauté .....	396
I. L'art antérieur renferme-t-il l'objet défini par les revendications du brevet ? .....	397
II. L'art antérieur a-t-il été divulgué avant la date de revendication du brevet ? .....	397
III. L'objet du brevet était-il accessible au public ? ..	398
ii) La non-évidence .....	398
b) Les risques liés aux droits de propriété intellectuelle dans l'invention .....	400
i) L'imprécision des contrats .....	400
ii) Les licences libres et ouvertes et les produits du développement collaboratif .....	402
iii) L'identification adéquate des inventeurs .....	404
c) L'invalidation du brevet .....	406
CONCLUSION .....	407

## **RÉSUMÉ**

Certaines plateformes d'outils d'intelligence artificielle ont un modèle d'affaires qui utilise des algorithmes ouverts et des données ouvertes. Dans ces cas, une question importante se pose par rapport à la propriété des créations dérivées de ces plateformes : à qui appartiennent les algorithmes ou les modèles facilités par les plateformes lorsque ceux-ci sont créés par les clients-utilisateurs, particulièrement dans un contexte où plusieurs des algorithmes ouverts et des données ouvertes ont un statut contractuel incertain ? Les droits dans ces inventions ont un impact sur la capacité des utilisateurs à breveter leurs inventions, ainsi qu'à faire valoir et respecter leurs droits de propriété. L'article explore les ramifications entre le droit des brevets et le droit des contrats dans le cadre de services technologiques rendus par l'entremise d'une plateforme logicielle dans le domaine de l'intelligence artificielle, du point de vue du client-utilisateur, ainsi que les risques juridiques potentiels soulevés par l'usage de ces plateformes.



## INTRODUCTION

Plusieurs avaient prédit la fin des droits de propriété intellectuelle à l'ère du numérique<sup>1</sup>. Certains ont postulé qu'à l'époque où les œuvres immatérielles voyageraient principalement par l'entremise de technologies de partage, l'usage allait l'emporter sur la propriété industrielle. Un tel changement de paradigme n'a pas eu lieu<sup>2</sup>. En fait, ces prédictions ont même été de courte durée : les détenteurs de droits de propriété intellectuelle se sont adaptés, et ce, de façon créative. Certains ont effectivement utilisé les véhicules réglementaires et législatifs afin de s'assurer de conserver la valeur de leurs actifs et de les faire fructifier<sup>3</sup>. Toutefois, quelques commentateurs notent plutôt qu'au contraire, nous assistons actuellement à un resserrement, voire à une recrudescence, de l'utilisation des droits de propriété intellectuelle pour protéger les actifs incorporels<sup>4</sup>. Par ailleurs, l'importance grandissante de l'innovation ouverte<sup>5</sup> s'inscrit dans cette vague de

1. Jeremy RIFKIN, *L'âge de l'accès : la révolution de la nouvelle économie*, Paris, La Découverte, 2000.
2. Lionel MAUREL, « Que reste-t-il de la propriété dans l'environnement numérique ? », (2020) 10 *Délibérée* 19, en ligne : <<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02944308/document>>.
3. De nombreuses entreprises ont effectué des pressions afin de s'assurer que les législateurs renforcent l'étendue, la portée et la durée du droit d'auteur : on peut penser notamment à l'allongement de la durée du droit d'auteur et les pressions de Disney aux États-Unis et en Europe. Pour un résumé succinct de l'historique particulier de Disney, voir : Josh H. ESCOVEDO, « Disney's Influence on United States' Copyright Law », *The IP Law Blog*, 17 février 2016, en ligne : <<https://www.theiplawblog.com/2016/02/articles/copyright-law/disneys-influence-on-united-states-copyright-law/>>.
4. À titre d'exemple, le nombre de demandes de brevets dans le domaine de l'intelligence artificielle a augmenté de façon considérable : entre 2013 et 2016, les demandes de brevets portant sur l'apprentissage profond ont augmenté de 175 %. Voir : WIPO, « WIPO Technology Trends 2019 – Artificial Intelligence », dans *Geneva World Intellectual Property Organization*, 2019, en ligne : <<https://www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4386>>, p. 15-16.
5. Bien que le développement collaboratif existe depuis des décennies, l'expression « innovation ouverte » a été utilisée pour la première fois en 2003 par le professeur Henry Chesbrough de l'Université Berkeley en Californie : voir Henry CHESBROUGH, *Open Innovation: The New Imperative for Creating and Profiting from Technology*, Brighton, Harvard Business School Press, 2003, puis a été raffinée dans son ouvrage subséquent : Henry CHESBROUGH, « Open Innovation: A New Paradigm for Understanding Industrial Innovation », dans Henry CHESBROUGH,

changement<sup>6</sup>. En effet, on assiste à une augmentation considérable de l'usage de données ouvertes par des entreprises de toutes tailles et industries confondues<sup>7</sup>, de projets collaboratifs entre plusieurs partenaires d'affaires utilisant des données de source publique et privée<sup>8</sup>. On observe également une tendance indéniable dans la dernière décennie : la prévalence de l'usage de logiciels libres<sup>9</sup>. La participation de plusieurs acteurs au processus d'innovation, de l'idéation jusqu'à la réalisation, ajoute un degré de complexité, qui, combinée à la nature souvent mondiale des projets collaboratifs, constitue déjà un défi de

---

Wim WANHAVERBEKE et Joel WEST (dir.), *Open Innovation: Researching a New Paradigm*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 1.

6. En effet, certaines recherches récentes démontrent que les entreprises adoptent de plus en plus des modèles d'innovation ouverte et, particulièrement, augmentent le nombre de sources d'information (clients, fournisseurs, etc.) contribuant à l'innovation. Voir : Pilar BERNAL, Idana SALAZAR et Pilar VARGAS, « Understanding the Open Innovation Trends: An Exploratory Analysis of Breadth and Depth Decisions », (2019) 9(4) *Administrative Sciences* 73.
7. Bien que le corpus de recherche sur l'innovation ouverte ait examiné principalement l'innovation ouverte au sein des grandes entreprises, on voit apparaître de plus en plus de travaux de recherche émerger visant à mesurer l'impact de celle-ci dans les petites et les moyennes entreprises. Voir : Pasquale D. VECCHIO, Alberto D. MININ, Antonio M. PETRUZZELLI, Umberto PANNIELLO et Salvatore PIRRI, « Big data for open innovation in SMEs and large corporations: Trends, opportunities, and challenges », *Wiley Online Library*, 21 juillet 2017, en ligne : <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/caim.12224>> et Dylan JONES-EVANS, Aineias GKIKAS, Martin RHISIART et Niall G. MACKENZIE, « Measuring Open Innovations in SMEs », (2018) *World Scientific* 399.
8. Un nouveau courant préfère le terme « data collaborative » pour référer à des projets collaboratifs public-privé ayant pour objet de résoudre des enjeux sociétaux à l'aide de mégadonnées (plutôt que d'autres termes plus couramment utilisés, tels que « data philanthropy »), en raison de la nature plus précise de l'expression. Pour une taxonomie proposée de ce concept, voir : Iryna SUSHA, Marijn JANSSEN et Stefaan VERHULST, « Data Collaboratives as a New Frontier of Cross-Sector Partnerships in the Age of Open Data: Taxonomy Development », *Proceedings of the 50th Hawaii International Conference on System Sciences*, 2017, en ligne : <<https://aisel.aisnet.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1347&context=hicss-50>>.
9. Le plus récent rapport de l'entreprise spécialisée en cybersécurité Synopsys rapporte que le code source ouvert constituait 70 % des codes base audités (au niveau mondial), en hausse par rapport à 2018 (60 %) et 2016 (36 %) ; par ailleurs, 99 % des codes base audités en 2019 contenaient du code source ouvert, voir : SYNOPSYS, « 2020 Open Source Security and Risk Analysis Report », *Synopsys*, en ligne : <<https://www.synopsys.com/software-integrity/resources/analyst-reports/2020-open-source-security-risk-analysis.html>> (ci-après « rapport Synopsys »). Pour un bref résumé de l'ascension fulgurante des sociétés basées sur les logiciels libres ou ouverts, et des nouveaux modèles d'affaires utilisant les logiciels libres, voir Mike VOLPI, « How Open Source Software Took Over the World », *TechCrunch*, 12 janvier 2019, en ligne : <<https://techcrunch.com/2019/01/12/how-open-source-software-took-over-the-world/>>.

taille. De plus, certains « facteurs d'érosion »<sup>10</sup> tels que la mobilité des travailleurs, l'accès accru des entreprises en démarrage au financement en capital, l'accroissement de l'importance d'Internet et des médias sociaux combiné à l'omniprésence des technologies de l'information contribuent à favoriser l'innovation collaborative<sup>11</sup>. Cela dit, bien que plusieurs aspects puissent généralement être résolus par les mécanismes contractuels habituels<sup>12</sup>, un défi important des nouveaux produits et services liés à l'intelligence artificielle (ou « IA ») réside dans l'usage de plus en plus commun de données ouvertes<sup>13</sup>, et ce, à des fins non seulement de recherche, mais également commerciales<sup>14</sup>. Il est maintenant bien connu que l'intelligence artificielle, et plus particulièrement les outils utilisant les techniques d'apprentissage automatique, nécessitent en effet des quantités phénoménales de données<sup>15</sup> afin de pouvoir fournir des résultats pertinents. Il s'ensuit donc que la multiplication des sources de ces données, les difficultés de traçage de l'origine et des propriétaires de celles-ci ou encore des modalités de licence parfois contradictoires (ou l'existence de conflits entre certaines licences)<sup>16</sup> amènent des obstacles additionnels à la pleine protection des innovations par les parties prenantes. Ces considérations s'appliquent également aux logiciels libres. De surcroît,

---

10. H. CHESBROUGH, préc. note 5.

11. Marcel BOGERS, Henry CHESBROUGH et Carlos MOEDAS, « Open Innovation: Research, Practices and Policies », (2018) 60(2) *California Management Review* 5.

12. John HAGEDOORN et Ann-Kristin ZOBEL, « The role of contracts and intellectual property rights in open innovation », (2015) 27(9) *Technology Analysis & Strategic Management* 1050.

13. C'est le cas notamment des données provenant des gouvernements. L'OCDE produit un rapport depuis 2013, lequel confirme que la disponibilité, l'accessibilité et l'usage de ce type de données sont en augmentation au sein des gouvernements membres. Voir : ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, « OECD Open, Useful and Re-usable data (OURdata) Index: 2019 », *OECD Better policies for better lives*, 2020, en ligne : <<http://www.oecd.org/gov/digital-government/ourdata-index-policy-paper-2020.pdf>>.

14. Maciej GRZENDA et Jaroslaw LEGIERSKI, « Towards Increased Understanding of Open Data Use for Software Development », *Inf Syst Front*, 22 novembre 2019, en ligne : <<https://doi.org/10.1007/s10796-019-09954-6>>.

15. L'apprentissage automatique est particulièrement utile pour des tâches qui ont un degré de complexité trop élevé pour être programmées, ou qui vont au-delà des capacités humaines : on peut penser notamment à des données génomiques, astronomiques ou encore des données météorologiques. Voir : Shai SHALEV-SHWARTZ et Shai BEN-DAVID, *Understanding Machine Learning: From Theory to Algorithms*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 22 ; pour un court résumé expliquant la quantité de données nécessaires pour entraîner un modèle, voir Ryan SEVEY, « How Much Data is Needed to Train a (Good) Model? », *Blogue DataRobot*, 4 août 2017, en ligne : <<https://www.datarobot.com/blog/how-much-data-is-needed-to-train-a-good-model/>>.

16. Le rapport Synopsys 2020 rapportait par ailleurs que 67 % des codes base audités contenaient des conflits de licences. Synopsys, préc., note 9, p. 8.

une préoccupation supplémentaire demeure : comment protéger adéquatement ces nouveaux actifs de propriété intellectuelle générés par l'usage de l'IA afin d'en extraire la valeur commerciale ? Le présent article vise à explorer les ramifications entre le droit des brevets et le droit des contrats québécois dans le cadre de services technologiques rendus par l'entremise d'une plateforme logicielle dans le domaine de l'intelligence artificielle, du point de vue du client, l'utilisateur<sup>17</sup>. Nous nous attarderons plus particulièrement aux risques juridiques potentiels soulevés par l'usage de ces plateformes dans le cadre d'une démarche d'innovation interne. Nous terminerons par quelques recommandations permettant de minimiser les risques associés au développement d'innovations à l'aide de plateformes d'IA.

## 1) LA NATURE DES PLATEFORMES D'IA

On parle couramment de « plateformes » d'IA<sup>18</sup> ; cependant, il faut savoir que l'expression réfère en fait à plusieurs modèles d'affaires distincts, lesquels sont brièvement décrits ci-dessous<sup>19</sup>. On fera généralement référence à une « plateforme d'IA » lorsqu'il s'agit d'un logiciel unique permettant de colliger des données, de les annoter et de les traiter à l'aide d'un modèle d'apprentissage non supervisé, ou encore d'un logiciel qui permet à l'utilisateur de bâtir des modèles<sup>20</sup>. Ces plateformes peuvent être accessibles aux clients sous différents modèles d'affaires, mais sont principalement développées comme logiciel-service (« AI-as-a-service »)<sup>21</sup>. Ce modèle s'appuie sur la préférence de nombreuses entreprises d'impartir les portions de

---

17. Les plateformes en IA propulsées par les modèles utilisant l'infrastructure l'infonuagique (y compris « AI-as-a-Service » et le modèle des services à valeur ajoutée (« package-adjunct »)) sont considérés par plusieurs experts comme le modèle d'affaires de l'avenir. Voir : Nitin MITTAL et David KUDER, « AI-fueled Organizations: Reaching AI's Full Potential in the Enterprise », dans Bill BRIGGS et SCOTT BUCHHOLZ (dir.), *Tech Trends 2019: Beyond the digital frontier*, Deloitte Insights, 2019, p. 19, aux p. 25-26, en ligne : <[https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/technology/DI\\_TechTrends2019.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/br/Documents/technology/DI_TechTrends2019.pdf)>.

18. Manu SHARMA, « Navigating the New Landscape of AI Platforms », *Harvard Business Review*, 10 mars 2020, en ligne : <<https://hbr.org/2020/03/navigating-the-new-landscape-of-ai-platforms>>.

19. Nous nous limitons ici pour les besoins de l'article aux produits disponibles commercialement (« off-the-shelf »), plutôt qu'aux services de développement.

20. Pour une analyse plus approfondie de la notion de plateforme d'IA, particulièrement la nature particulière de celles-ci par opposition aux plateformes numériques, voir Tomasz MUCHA et Timo SEPPÄLÄ, « Artificial Intelligence Platforms – A New Research Agenda for Digital Platform Economy », *ETLA Working Papers No. 76*, 6 février 2020. Cet article relève par ailleurs l'apparente absence de conceptualisation de la notion de plateforme d'IA dans la littérature actuelle.

21. *Id.*, p. 4. On parle également d'un modèle dit « cloud-native ».



leur infrastructure informatique qui n'est pas centrale à leur domaine d'activités à un fournisseur externe. Les logiciels-service répondent à ce besoin en offrant des services d'hébergement infonuagique et des solutions d'intelligence artificielle qui peuvent être utilisées pour développer des outils. De nombreux géants du Web<sup>22</sup> offrent désormais plusieurs solutions conçues pour être utilisées par le biais de leurs nuages respectifs afin de permettre aux clients d'effectuer plusieurs tâches complexes. De plus, les plateformes peuvent également être rendues disponibles comme services à valeur ajoutée (« package-adjunct model ») aux clients de services infonuagiques<sup>23</sup>. Finalement, certaines plateformes offrent des solutions d'intelligence artificielle s'adressant à des industries spécifiques, ou répondant à des besoins particuliers, dans une optique de vente de type verticale<sup>24</sup>.

## 2) LES ENJEUX CONTRACTUELS

### a) **La nature des contrats technologiques dans le domaine de l'intelligence artificielle : contrat de services ou de licence ?**

Les contrats technologiques dans le domaine de l'intelligence artificielle sont habituellement de deux natures : (i) un contrat de services ou encore (ii) un contrat de licence. Les contrats régissant les plateformes d'IA prennent généralement la forme d'une licence, ou encore ont une structure hybride composée d'une licence et de services accessoires. Nous abordons cependant brièvement le contrat de services à titre comparatif, afin de mettre en lumière les enjeux contractuels liés aux plateformes d'IA, particulièrement relativement aux clauses de propriété intellectuelle.

#### *i) Le contrat de services*

Dans le premier cas, le contrat pourra avoir la nature d'un contrat d'entreprise ou de services, tel que décrit à l'article 2098 du

---

22. N. MITTAL et D. KUDER, préc., note 17, p. 26.

23. *Id.*

24. CB INSIGHTS, « AI 100: The Artificial Intelligence Startups Redefining Industries », 3 mars 2020, en ligne : <<https://www.cbinsights.com/research/artificial-intelligence-top-startups/>>. Voir par exemple : INVENIA TECHNICAL COMPUTING CORPORATION, en ligne : <<https://www.invenia.ca/>> (industrie de l'énergie) et LEXION, en ligne : <<https://lexion.ai/>> (industrie juridique).

*Code civil du Québec*<sup>25</sup>. L'entreprise rendra donc des services définis par le client et utilisera des employés désignés pour effectuer les travaux (par exemple, mettre au point un algorithme spécifique pour procéder à la reconnaissance d'images), suivant une liste de critères à respecter (ex. : la qualité de l'image, l'identification d'objets spécifiques, etc.). L'entreprise fournissant les services demeure responsable de la qualité des services offerts, puisqu'elle a le choix des moyens d'exécution<sup>26</sup>. Ce type de contrat peut d'ailleurs « comporter des éléments tantôt matériels et tantôt intellectuels. À titre d'exemple, nous pouvons parler du contrat pour la préparation d'un logiciel informatique et de manuels d'instructions qui paraît tenir à la fois de l'ouvrage intellectuel et matériel »<sup>27</sup>. De plus, le contrat de services de logiciel de type « main-d'œuvre et matériel »<sup>28</sup> comporte généralement un niveau de détails proportionnel à l'intensité des obligations qui y sont prévues.

Il faut par ailleurs se méfier des titres que peuvent porter les documents contractuels afin d'effectuer la qualification adéquate de leur nature : c'est d'ailleurs la constatation de plusieurs décisions impliquant des logiciels où les tribunaux ont réitéré qu'il y avait lieu de déterminer la véritable intention des parties afin d'effectuer une classification adéquate. Tel était notamment le cas dans l'affaire *ADP Canada Co. c. 9187-5674 Québec inc.*<sup>29</sup> (ci-après « ADP »). Dans ce dossier, le contrat était intitulé « Contrat-cadre de services », alors qu'en fait la Cour notait que « la prestation principale d'ADP consiste à accorder au client une licence d'utilisation de logiciels permettant la gestion d'une concession automobile »<sup>30</sup> et que les « services qu'ADP peut être appelée à fournir (entretien et assistance) sont accessoires à la licence d'utilisation des logiciels et à la vente de l'équipement »<sup>31</sup>. À ce propos, la Cour mentionnait :

25. *Code civil du Québec*, RLRQ, c. CCQ-1991 (ci-après « C.c.Q. »). Le contrat mentionné ici suit la définition de contrat de services prévue à l'article 2098 C.c.Q. : « Le contrat d'entreprise ou de service est celui par lequel une personne, selon le cas l'entrepreneur ou le prestataire de services, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer. »

26. Art. 2099 C.c.Q.

27. François BEAUCHAMP et Hélène MONDOUX, « Le contrat d'entreprise ou de service », dans Collection de droit 2019-2020, École du Barreau du Québec, vol. 7, *Contrats, sûretés, publicité des droits et droit international privé*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, p. 25.

28. *Bal Global Finance Canada Corporation c. Aliments Breton (Canada) inc.*, 2012 QCCS 6164.

29. *ADP Canada Co. c. 9187-5674 Québec inc.*, 2011 QCCS 1388.

30. *Id.*, par. 54.

31. *Id.*, par. 55.

La licence ne saurait être qualifiée de contrat de service uniquement en raison des services accessoires qui s'y greffent. À cet égard, l'analogie avec le contrat de location de photocopieurs, par exemple, est intéressante. En effet, même s'il existe, dans le cadre de ce type de contrat, des obligations pour le locateur d'entretenir et de réparer l'équipement loué, le contrat demeure un contrat de location et ne devient pas pour autant un contrat de service.<sup>32</sup>

Il n'en demeure pas moins que la nature souvent hybride des contrats de technologies de l'information (comprenant des services et l'octroi d'une licence) et l'intensité des obligations incluses dans ces contrats peuvent parfois amener une qualification différente. Dans l'affaire *Oceanwide inc. c. Gestion King City*<sup>33</sup>, la Cour est arrivée à la conclusion inverse de celle du tribunal dans ADP. En effet, Oceanwide avait été engagé par la défenderesse Transit afin de développer un logiciel qui réponde aux besoins et spécificités de cette dernière, auquel il donnait accès uniquement par Internet. La Cour a déterminé que le contrat entre les parties était un contrat de services<sup>34</sup>. En effet, aux yeux du tribunal, la portion des services était centrale au contrat, tandis que la licence d'utilisation avait une importance accessoire. Avec respect pour l'opinion de la Cour dans cette affaire, les faits à l'étude ne semblent toutefois pas appuyer cette conclusion : bien que la Cour mette l'accent sur le fait que le logiciel soit développé selon les besoins spécifiques du client, Oceanwide conserve la propriété du logiciel dans son entièreté et accorde une licence d'utilisation<sup>35</sup>. L'octroi d'une licence et non d'une cession de droits porte donc à croire que la portion du développement, soit la portion des services, consiste davantage en une personnalisation d'un logiciel existant qu'en une fourniture de services centrale au contrat. En d'autres mots, Oceanwide ne réinvente pas la roue à chaque client. Cette affaire illustre bien la difficulté de qualifier adéquatement un contrat lorsque les modèles d'affaires de commercialisation des nouvelles technologies comme l'IA ne sont pas décrits de façon claire dans le

32. *Id.*, par. 56.

33. *Oceanwide inc. c. Gestion King City*, 2009 QCCQ 1001.

34. *Id.*, par. 52-53.

35. De surcroît, Oceanwide est connue comme étant une entreprise qui offre des logiciels d'assurance en mode « software-as-a-service » (ou « SaaS ») depuis 1996. Le site Web d'Oceanwide décrit ses activités principales de la façon suivante : « Oceanwide, an Insurity company, has been delivering SaaS core processing solutions to property and casualty insurers of all sizes across the globe since 1996. » Voir : « Our Company », *Oceanwide*, en ligne : <<https://oceanwide.com/company/>> (consulté le 30 octobre 2020).

contrat, ou encore dans le cadre d'un litige. Cette interprétation a un impact crucial sur la portée des obligations et des droits en matière de propriété intellectuelle, comme nous le verrons plus tard.

Finalement, il faut noter que certains contrats, particulièrement lorsqu'un logiciel est développé dans son entièreté pour un client, sont généralement assortis d'une cession des droits de propriété intellectuelle en faveur du client, lequel pourra disposer du produit du travail généré par les services à son gré, le tout en contrepartie d'un investissement financier souvent considérable<sup>36</sup>. Par contre, il est courant que le fournisseur conserve la propriété dans toute propriété intellectuelle lui appartenant avant le projet, ainsi que tout savoir-faire généré par les services afin de pouvoir réutiliser les connaissances acquises dans le cadre de projets ultérieurs.

## ii) *Le contrat de licence*

Dans le deuxième cas, le contrat de licence est généralement interprété sous la loupe du droit d'auteur. À cet égard, on définit la licence comme une « entente par laquelle le titulaire d'un droit d'auteur autorise un tiers à utiliser son œuvre, à certaines fins ou selon certaines conditions »<sup>37</sup>. Dans le cas d'un logiciel, la licence permet donc l'usage du logiciel et de ses différentes fonctionnalités<sup>38</sup> moyennant le paiement de frais d'abonnement, sans cependant qu'une cession de droits ait lieu. Le client aura dans ce cas un droit d'usage à un tel logiciel, par opposition à la livraison d'un produit (le logiciel) conçu suivant ses spécifications<sup>39</sup>. Comme la licence octroie un droit

36. Dans *Sosign Interactive Inc. c. Rudsak Inc.*, 2013 QCCQ 7931, des services de développement d'une plateforme de commerce électronique sont rendus, et la clause de propriété intellectuelle prévoit une cession de droits. Il faut mentionner qu'étrangement, dans ce dossier, le contrat ne mentionne pas le logiciel, mais fait plutôt référence aux « concepts, leur contenu et stratégie développés et fournis » par le fournisseur Sosign.

37. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, « Licence », *Le grand dictionnaire terminologique*, 2015, en ligne : <[http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id\\_Fiche=26534214](http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=26534214)>.

38. OFFICE QUÉBÉCOIS DE LA LANGUE FRANÇAISE, « Licence d'utilisation », *Le grand dictionnaire terminologique*, 2020, en ligne : <[http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id\\_Fiche=8872100](http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=8872100)>.

39. Il est à noter que certains logiciels commerciaux peuvent faire l'objet de nombreuses modifications afin d'adapter les fonctionnalités de base fournies par le fabricant suivant les demandes d'un client. C'est le cas notamment de logiciels utilisés à grande échelle dans une entreprise, comme Salesforce. Cependant, généralement, tout service fourni afin d'ajouter ou de modifier le logiciel original fait l'objet de dispositions contractuelles différentes de celles du contrat d'abonnement

d'usage, l'auteur, ou le propriétaire des droits d'auteur (l'entreprise), conserve à ce titre son droit d'auteur dans l'œuvre<sup>40</sup>. Il est à noter que ce type de contrat peut porter plusieurs noms, ce qui peut semer la confusion quant à la réelle nature du contrat : on parle tantôt de contrat d'abonnement, tantôt de licence, ou encore de contrat de services. De plus, comme nous l'avons mentionné plus haut, certains contrats ont une nature hybride comportant à la fois une licence et des services professionnels.

Par ailleurs, il faut noter que malgré son ubiquité dans l'industrie du logiciel, la qualification juridique de la licence au sens plus large demeurerait sujette à débat jusqu'à récemment. Plusieurs jugements ont néanmoins tenté de définir ses contours en l'assimilant à un contrat nommé du Code civil<sup>41</sup>. La doctrine et la jurisprudence reconnaissent maintenant qu'aucun des contrats nommés prévus au Code civil n'est tout à fait adapté à la nature particulière du contrat de licence de logiciel. En effet, certains jugements ont déterminé que comme la licence ne correspondait à aucun contrat nommé en tous points, il fallait donc nécessairement l'interpréter comme un contrat innommé<sup>42</sup>. En effet, la licence confère non pas un droit réel, mais plutôt un droit d'usage sur un bien incorporel<sup>43</sup>. Cette qualification

---

et est de la nature d'un contrat de services de consultation, tel que décrit plus haut.

40. Dans *Richard Cardinal Pharmacien inc. c. Omni-Med.com inc.*, 2016 QCCS 1463, une convention de licence sur des logiciels permettant de partager l'accès à un dossier médical électronique individualisé des patients prévoyait que les logiciels demeuraient la propriété d'Omnimed, tandis que les développements, c'est-à-dire les adaptations faites par le client, demeuraient la propriété de celui-ci.
41. Les tribunaux ont assimilé la licence au contrat de vente dans le dossier suivant : *Olier, Grisé & Cie Ltée c. Équipements de bureau Maskoutan Inc.*, (1985) C.S. 680, p. 2, par. 12. Dans ce dossier, un ordinateur défectueux avait été vendu avec un logiciel, et le logiciel avait été considéré comme étant un accessoire du bien tangible, soit l'ordinateur. La nature distincte du logiciel n'a, par contre, pas été abordée par le tribunal. Voir également, plus récemment, les décisions *Jay Trends Merchandising Inc. c. Starr*, 2016 QCCQ 5155 et 9082-9912 *Québec inc. (EBI Distribution inc.) c. Logiciels SIGM inc.*, 2014 QCCQ 8447, où la Cour a déterminé, dans les deux cas, qu'il s'agissait d'une vente, puisque celle-ci constituait l'élément principal faisant l'objet du contrat et que sans ce logiciel, il n'y avait pas d'implantation ni de formation (par. 54). Il est à noter que ces deux décisions s'appuient sur le raisonnement de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Emballages Alpha inc. c. Industries Rocand inc.*, 2011 QCCA 1114, laquelle met l'accent sur la fourniture d'un bien, le logiciel, comme étant l'aspect principal permettant la qualification du contrat comme contrat de vente plutôt que comme contrat d'entreprise, sans ne faire aucune mention des droits de propriété intellectuelle sur les logiciels faisant l'objet des litiges.
42. *ADP Canada Co. c. 9187-5674 Québec inc.*, préc., note 29, par. 57.
43. *Informatique L.G.A. Inc. c. Compagnie d'arrimage de Québec Ltée*, (1991) R.J.Q. 1767 (C.Q.).

n'est évidemment pas sans conséquence : cela implique qu'aucune des garanties prévues aux contrats nommés n'est applicable en l'absence de dispositions contractuelles. Cette position a par contre été nuancée dans la jurisprudence subséquente, où la Cour a conclu que la licence possédant certaines caractéristiques du louage, les garanties de celles-ci devaient s'appliquer<sup>44</sup>. Finalement, en ce qui concerne le caractère gratuit des licences<sup>45</sup>, comme c'est le cas des licences des logiciels libres, un degré supplémentaire d'ambiguïté s'ajoute. La qualification d'une licence à titre de contrat de vente ou de louage se retrouve donc automatiquement exclue, posant ainsi un défi particulier à son égard.

#### **b) Les licences des logiciels libres : un défi supplémentaire ?**

En plus des éléments mentionnés ci-dessus sur la nature particulière de la licence, certaines considérations supplémentaires doivent être mentionnées concernant les logiciels libres<sup>46</sup>. À titre indicatif, on peut considérer qu'un logiciel est « libre et ouvert » s'il a les caractéristiques suivantes (appelées les « libertés fondamentales ») : (1) il est possible de l'exécuter pour n'importe quel usage ; (2) il y a accès à son code source ; (3) son fonctionnement peut être étudié et être adapté à des besoins spécifiques ; et (4) la redistribution des copies originales ou

44. *Unicel Inc. c. Contalitec Informatique Inc.*, (1994) J.E. 94-1910 (C.Q.), par. 44-46.

45. Il faut par ailleurs mentionner que dans un équivalent en anglais, l'expression « free software », le mot « free » signifie « libre » ou « sans contrainte », et non « gratuit », faisant référence à la possibilité de distribuer le logiciel, plutôt qu'à l'obligation de payer une redevance. Dans cet esprit, la licence GPL mentionne expressément qu'un donneur de licence peut demander une redevance monétaire s'il le désire (voir le 3<sup>e</sup> paragraphe du préambule, lequel mentionne que « [w]hen we speak of free software, we are referring to freedom, not price. Our General Public Licenses are designed to make sure that you have the freedom to distribute copies of free software (and charge for them if you wish) [...] »). GNU OPERATING SYSTEM, « GNU General Public License », *GNU Operating System*, 2007, en ligne : <<http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html>>.

46. Il faut mentionner qu'au point de vue terminologique, l'expression « logiciel libre » (ou ses synonymes « logiciel ouvert » et « logiciel libre et ouvert ») fait référence à un « logiciel fourni avec son code source de manière à ce qu'il puisse être étudié, copié, modifié et redistribué ». Ces logiciels sont donc rendus disponibles au public dans un esprit de développement coopératif et sont assortis de licences comportant des permissions variables. Historiquement, il existait une distinction entre les licences « libres » et les licences « ouvertes » ; cependant, en raison de l'absence d'incidence juridique de cette distinction, l'expression « libre et ouverte » est utilisée dans le présent article. Pour un court historique, voir Pierre-Paul LEMYRE et Richard WILLEMANT, « Logiciels libres et ouverts : impacts juridiques sur les utilisateurs québécois », (2005) 17 *C.P.I.* 597, 607 et 608, en ligne : <<https://www.lespci.ca/s/1514>>.

modifiées est permise<sup>47</sup>. Bien que très utilisés partout dans le monde<sup>48</sup>, y compris au Québec<sup>49</sup>, les logiciels libres peuvent être assujettis à un grand nombre de licences<sup>50</sup>, comprenant des obligations à portée variable, certaines très restrictives (souvent appelées « copyleft ») et d'autres, plus permissives. Nous limiterons notre analyse aux licences les plus fréquemment utilisées, soit les licences permissives (Apache<sup>51</sup>, MIT<sup>52</sup>, BSD<sup>53</sup> et Mozilla Public License 2.0<sup>54</sup>) et les licences restrictives (GNU Public License (« GPL »)<sup>55</sup> et LGPL<sup>56</sup>). Du côté des licences libres et ouvertes permissives, elles autorisent généralement l'utilisation, la modification et la redistribution du code source, sans imposer d'autres restrictions. De plus, elles contiennent fréquemment l'obligation de divulguer l'existence de ces droits à l'intérieur des versions modifiées. Par contre, contrairement aux licences restrictives de type « copyleft », elles permettent d'inclure le code source dans une licence différente (y compris une licence propriétaire) et ne requièrent pas de redistribuer le logiciel sous la même licence. Les licences restrictives, quant à

- 
47. Cette définition est inspirée de la définition originale élaborée par la Free Software Foundation Europe : « What Is Free Software? », *Free Software Foundation Europe*, en ligne : <<https://fsfe.org/freesoftware/>> ; « What is free software? », *GNU Operating System*, en ligne : <<https://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>>.
  48. Il est pertinent de noter que malgré le nombre important de licences de logiciels libres existantes, 20 des licences des logiciels libres les plus populaires constituent 98 % du code source ouvert en circulation. Voir le rapport Synopsys, préc., note 9, p. 22.
  49. Pour les entreprises de 250 employés et plus, on note une augmentation de l'utilisation des logiciels libres, lesquels sont passés de 50,9 % à 53,6 % ; pour les entreprises comptant entre 50 et 250 employés, on peut voir une augmentation de 37,0 % à 40,8 %. Voir : INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, « Part des entreprises branchées qui utilisent des logiciels (logiciels sélectionnés), Québec », *Enquête sur l'intégration d'Internet aux processus d'affaires, Entreprises branchées : Logiciels libres*, en ligne : <[https://statistique.quebec.ca/fr/produit/tableau/part-des-entreprises-branchees-qui-utilisent-des-logiciels-logiciels-selectionnes-quebec#pivot\\_1=Entreprises%20branch%C3%A9es&tri\\_coln=10](https://statistique.quebec.ca/fr/produit/tableau/part-des-entreprises-branchees-qui-utilisent-des-logiciels-logiciels-selectionnes-quebec#pivot_1=Entreprises%20branch%C3%A9es&tri_coln=10)>, 22 juillet 2020 (dernière mise à jour).
  50. La base de données BlackDuck Knowledge Base recense plus de 2600 licences libres et ouvertes. Voir le rapport Synopsys, préc., note 9, p. 21.
  51. APACHE SOFTWARE FOUNDATION, « Apache License 2.0 », en ligne : <<https://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0>>.
  52. OPEN SOURCE INITIATIVE, « MIT License », en ligne : <<https://opensource.org/licenses/MIT>>.
  53. OPEN SOURCE INITIATIVE, « BSD 3-Clause », en ligne : <<https://opensource.org/licenses/BSD-3-Clause>> ; « BSD 2-Clause », en ligne : <<https://opensource.org/licenses/BSD-2-Clause>>.
  54. OPEN SOURCE INITIATIVE, « Mozilla Public License 2.0 », en ligne : <<https://opensource.org/licenses/MPL-2.0>>.
  55. OPEN SOURCE INITIATIVE, « GNU General Public License version 3 », en ligne : <<https://opensource.org/licenses/GPL-3.0>>.
  56. OPEN SOURCE INITIATIVE, « GNU Lesser General Public License version 3 », en ligne : <<https://opensource.org/licenses/LGPL-3.0>>.

elles, permettent au licencié d'utiliser, de modifier et de redistribuer le logiciel. Toutefois, elles se distinguent par l'inclusion de cette même garantie des libertés aux licenciés de tous les logiciels fondés sur la modification du code provenant du logiciel original<sup>57</sup>. Autrement dit, un logiciel ne peut être redistribué sous des termes plus restrictifs, limitant donc l'inclusion de code source assujetti à ce type de licence dans un logiciel propriétaire, excepté dans certaines situations (notamment lorsque ce code n'est utilisé que dans un logiciel-service et n'est donc pas redistribué<sup>58</sup>). La licence la plus connue de ce type est la GPL. À titre illustratif, le préambule de cette licence annonce clairement les intentions des rédacteurs et indique que les États ne devraient pas permettre aux brevets d'agir comme outil restreignant le développement et l'utilisation de logiciels<sup>59</sup>. Nous verrons plus tard que cela peut constituer un obstacle à la protection des inventions dont les composantes sont assujetties à ce type de licence, mais également à la mise en œuvre de ces droits.

### **3) LES OBSTACLES EN DROIT DES BREVETS**

Les défis auxquels sont confrontées les entreprises désirant effectuer un virage IA dans leurs opérations sont nombreux. Une des questions cruciales concerne la stratégie à adopter relativement à la propriété intellectuelle. Les entreprises doivent alors se pencher sur la valeur de la propriété intellectuelle développée à l'aide de ces plateformes et choisir des moyens de protection appropriés pour atteindre leurs objectifs spécifiques. Le brevet peut constituer une façon intéressante de protéger certaines inventions découlant de l'usage des plateformes d'IA, lorsque le client-utilisateur est en mesure de conserver certains droits de propriété intellectuelle sur ces inventions en vertu du contrat. La présente section vise à effectuer un bref survol des concepts pertinents en droit canadien des brevets

---

57. OPEN SOURCE INITIATIVE, préc., note 55, clause 10 (« Automatic Licensing of Downstream Recipients »). A pour effet d'accorder une licence implicite à l'utilisateur subséquent.

58. La notion de « redistribution » peut être plus complexe qu'elle n'y paraît à première vue et doit donc être analysée avec attention. Voir : Heather MEEKER, « Outsource Software Development and OpenSource: Coming of Age in the 2000s », (2008) 24(4) *Santa Clara High Technology Law Journal* 869, 873.

59. OPEN SOURCE INITIATIVE, préc., note 55. Dans le préambule, on précise à la fin : « Finally, every program is threatened constantly by software patents. States should not allow patents to restrict development and use of software on general-purpose computers, but in those that do, we wish to avoid the special danger that patents applied to a free program could make it effectively proprietary. To prevent this, the GPL assures that patents cannot be used to render the program non-free. »



afin d'exposer les défis liés à l'usage des plateformes d'intelligence artificielle dans la perspective d'une approche stratégique de protection de la propriété intellectuelle. Ce résumé ne se veut aucunement exhaustif, et le lecteur pourra constater que les décisions canadiennes sur le sujet n'offrent pour l'instant que peu d'éclairage sur la question.

#### a) Qui est l'inventeur ?

Dans le contexte d'un processus d'innovation collaborative, il est légitime de s'interroger quant au statut des collaborateurs : quel est le degré de contribution nécessaire afin de pouvoir prétendre au statut d'inventeur ? D'emblée, il faut rappeler qu'il n'existe pas de définition claire du concept d'inventeur dans la *Loi sur les brevets*. On définit généralement celui-ci en se basant sur la définition d'invention, et donc, comme la personne dont l'invention est décrite dans une demande de brevet, suivant les critères énoncés dans les articles 2, 27 et 28 de la *Loi sur les brevets*<sup>60</sup>, ainsi que les critères établis par la jurisprudence. La Cour suprême, dans la décision *Apotex c. Wellcome Foundation* (ci-après « *Apotex* »), offre la définition suivante du concept d'« inventeur » :

L'expression « paternité de l'invention » n'est pas définie dans la Loi, et sa définition doit, par conséquent, être inférée de divers articles. Par exemple, la définition du mot « invention » à l'art. 2, nous permet d'inférer que l'inventeur est la personne ou les personnes qui ont conçu la réalisation, le procédé, la machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, « présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité ». Par conséquent, la question qu'il faut se poser en définitive est la suivante : Qui est l'auteur de l'idée originale ?

Aux termes du par. 34(1), il faut à tout le moins qu'au moment du dépôt de la demande de brevet, le mémoire descriptif « décri[ve] d'une façon exacte et complète l'invention [...] qui permett[e] à toute personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention [...] [d']utiliser l'objet de l'invention ».

---

60. *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2, sous « demandeur » : « Sont assimilés à un demandeur un inventeur et les représentants légaux d'un demandeur ou d'un inventeur » ; art. 27(1) : « Le commissaire accorde un brevet d'invention à l'inventeur ou à son représentant légal si la demande de brevet est déposée conformément à la présente loi et si les autres conditions de celle-ci sont remplies. »

Il ne suffit donc pas d'avoir une bonne idée (ou, pour reprendre l'expression utilisée dans l'arrêt *Christiani*, « de dire qu'une idée nous est venue à l'esprit ») ; cette idée lumineuse doit prendre « une forme définie et pratique ». Il va sans dire que, dans l'intervalle qui sépare la conception et la brevetabilité, l'inventeur peut avoir recours aux services d'autres personnes qui peuvent être très compétentes, mais ces autres personnes ne seront des co-inventeurs que si elles ont participé à la conception de l'invention plutôt qu'à sa vérification.<sup>61</sup>

La décision *Apotex* nous éclaire également quant au critère permettant de déterminer l'auteur de l'idée originale et la nécessité de distinguer les contributions inventives de celles qui ne le sont pas :

Je ne crois pas qu'on ait raison de diviser la revendication d'une invention qui est une combinaison d'éléments, pour ensuite tenter d'identifier l'auteur de chaque contribution. J'estime qu'il faut se poser une question plus fondamentale. On doit chercher à déterminer qui a essentiellement effectué la combinaison. Qui est l'auteur de l'idée originale, à savoir la combinaison ?<sup>62</sup>

En effet, il peut être ardu de distinguer les contributions inventives de celles qui sont importantes, mais qui ne sont pas inventives. Cependant, les tribunaux ont déclaré que le fait de proposer une idée ou de faire une suggestion relativement à un résultat ou à un but précis ne peut être considéré automatiquement comme une contribution à une invention brevetable<sup>63</sup>.

De surcroît, une fois que le ou les collaborateurs sont connus, il faut s'assurer que les véritables inventeurs sont adéquatement identifiés dans la demande de brevet. Effectivement, une erreur ou une omission pourrait rendre le brevet nul dans le cas où « la pétition du demandeur, relative à ce brevet, contient quelque allégation importante qui n'est pas conforme à la vérité » et « l'omission ou l'addition est volontairement faite pour induire en erreur »<sup>64</sup>. L'erreur involontaire n'est par contre pas nécessairement fatale et peut

61. *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153, par. 96-97. Reprenant également la décision *Christiani et Nielsen c. Rice*, [1930] R.C.S. 443, 454.

62. *Id.*, par. 98.

63. *Comstock Canada c. Electec Ltd.*, (1991) 38 C.P.R. (3d) 29 (Fed. T.D.) ; *Drexan Energy Systems inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2014 CF 887.

64. *Loi sur les brevets*, préc., note 60, art. 53(1).

être corrigée par les tribunaux<sup>65</sup>. Par ailleurs, il faut noter que les tribunaux hésitent à imposer comme sanction l'invalidité du brevet lorsque les inventeurs ne sont pas les demandeurs<sup>66</sup>, ainsi que dans les cas où les droits des inventeurs appartiennent bel et bien au détenteur du brevet accordé<sup>67</sup>. Le critère central qui déterminera si l'omission alléguée justifie de déclarer le brevet invalide réside dans l'importance de celle-ci<sup>68</sup>. En d'autres mots, si celle-ci est cruciale du point de vue du public, c'est-à-dire si elle a un effet important sur la décision ou non d'accorder le brevet, elle pourra constituer une raison suffisante de rendre le brevet invalide<sup>69</sup>. D'autre part, il peut arriver qu'un inventeur soit rébarbatif à collaborer au processus de demande, ou encore qu'il ne soit pas possible de le localiser à la suite d'une enquête diligente. Dans ces deux cas, la *Loi sur les brevets* permet de rectifier une telle situation, à la condition de convaincre le Commissaire des brevets de procéder avec une liste corrigée des inventeurs<sup>70</sup>.

#### b) Les critères de brevetabilité

La *Loi sur les brevets* prévoit que pour être brevetable, une invention doit présenter le caractère de la nouveauté et de l'utilité<sup>71</sup>, ne pas être évidente pour une personne versée dans l'art ou la science en question<sup>72</sup> et faire l'objet d'une divulgation suffisante suivant les paramètres de la *Loi sur les brevets*<sup>73</sup>. De plus, l'invention ne doit pas faire l'objet de l'une des exclusions spécifiquement prévues par la *Loi sur les brevets*, c'est-à-dire que l'invention doit tomber dans l'une des catégories permises, soit une réalisation, un procédé, une machine, une fabrication ou une composition de matières<sup>74</sup>. Pour les besoins de l'analyse, nous aborderons uniquement les critères de brevetabilité principaux pouvant constituer un obstacle à la brevetabilité des

65. *Id.*, art. 31 et 52.

66. *Uponor AB c. Heatlink Group Inc.*, 2016 CF 320, par. 57.

67. *DEC International, Inc. c. A.L. LaCombe & Associates Ltd.*, (1989) 28 F.T.R. 304 (C.F.).

68. *Weatherford Canada Ltd. c. Corlac Inc.*, 2010 CF 602, par. 331, demande d'autorisation rejetée : *Corlac Inc. et al. c. Weatherford Canada Ltd. et al.*, 2012 CanLII 16427 (CSC).

69. *Id.*, par. 333. Voir également *Gilead Sciences, Inc. c. Idenix Pharmaceuticals Inc.*, 2015 CF 1156, par. 920 (ci-après « *Gilead* »).

70. *Loi sur les brevets*, préc., note 60, art. 31(3) et 31(4).

71. *Id.*, art. 2, sous « invention ».

72. *Id.*, art. 28.3.

73. *Id.*, art. 27(3).

74. *Id.*, art. 2.

inventions découlant des plateformes d'IA, soit l'objet, la nouveauté et la non-évidence<sup>75</sup>.

### **i) L'objet de l'invention**

Suivant les règles les plus récentes de l'Office canadien de la propriété intellectuelle (ci-après « OPIC »), les programmes informatiques en eux-mêmes ne sont pas brevetables<sup>76</sup>. Dans le cas des plateformes d'intelligence artificielle, on peut penser également aux algorithmes et aux modèles, lesquels sont visés par les termes « principes scientifiques » ou « conceptions théoriques » prévus par l'article 27(8) de la *Loi sur les brevets*, qui établit ce qui n'est pas brevetable. Par contre, des revendications décrivant un programme informatique intégré à un objet permis sont considérées comme acceptables. Spécifiquement, une revendication sera considérée respecter le critère de l'objet permis si l'ordinateur en est un élément essentiel et si elle offre une solution technique à un problème technique. Il est à noter que bien que la brevetabilité des inventions mises en œuvre par des ordinateurs (y compris les logiciels) soit un sujet contentieux dans plusieurs pays<sup>77</sup>, il existe peu de jurisprudence récente sur le sujet au Canada, et celle-ci est relativement stable depuis la décision *Amazon.com Inc. c. Canada (Attorney Général)* (ci-après « *Amazon.com* »)<sup>78</sup>. Cela porte à croire que l'OPIC a donc généralement accordé les brevets dans ce domaine depuis ce temps, à condition que la description de l'objet soit suffisamment détaillée en vertu des règles en vigueur<sup>79</sup>.

75. Il est à noter qu'il existe également certains obstacles à la brevetabilité en matière de divulgation dans le cas des inventions en intelligence artificielle dérivées des plateformes d'IA (en raison du problème de la « boîte noire »), mais ceux-ci dépassent le cadre d'analyse du présent article. Voir Frank A. DECOSTA, III et Aliza G. CARRANO, « Intellectual Property Protection for Artificial Intelligence », *Westlaw Journal Intellectual Property*, 30 août 2017, en ligne : <<https://www.finnegan.com/en/insights/articles/intellectual-property-protection-for-artificial-intelligence.html>>.

76. OFFICE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DU CANADA, « Section 22.08.04 : Revendications visant des produits logiciels », *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*, octobre 2010.

77. C'est le cas notamment aux États-Unis, où les décisions sont passées d'un côté à l'autre du pendule au cours des dernières décennies. Pour un résumé succinct de l'historique américain, voir : Donald M. CAMERON (dir.), *Canadian Patent Law Benchmark*, 3<sup>e</sup> éd., chap. 2, Toronto, Carswell, p. 76-80.

78. *Amazon.com, Inc. c. Canada (Attorney General)*, 2010 CF 1011, confirmée en appel par 2011 CAF 328. Suivant l'appel, le brevet a été accordé : Brevet canadien n° 2, 246, 933.

79. Stephen J. PERRY et T. Andrew CURRIER, *Canadian Patent Law*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto, LexisNexis Canada, 2018, p. 119.

**ii) La nouveauté**

Le critère de nouveauté repose sur le concept selon lequel une invention, en date de la demande de brevet, doit être nouvelle par rapport à l'état des connaissances à cette date afin d'être brevetable<sup>80</sup>. En d'autres termes, celle-ci se distingue par le fait qu'elle n'est pas connue du public, par rapport à une invention « ayant fait l'objet d'une communication qui l'a rendu accessible au public »<sup>81</sup>, et ce, partout dans le monde. La question de déterminer la nouveauté en est une de faits et peut être contrée par une seule publication<sup>82</sup>. C'est par ailleurs l'analyse qui doit être faite lorsqu'on doit évaluer si un brevet constitue de la contrefaçon : chaque revendication, une par une<sup>83</sup>, est décortiquée et lue à la lumière de l'art antérieur, soit toute l'information disponible publiquement sous toute forme que ce soit<sup>84</sup> avant la date de priorité<sup>85</sup>. La Cour suprême dans *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.* (ci-après « *Sanofi-Synthelabo* »)<sup>86</sup> a mis de l'avant un test à deux volets pour déterminer si une invention n'est pas nouvelle, et donc, qu'elle est antérieure, soit : (1) en quoi consiste la divulgation antérieure ? ; et (2) dans quelle mesure le caractère réalisable admet-il les essais successifs ? Du côté du premier critère, soit la divulgation antérieure, trois conditions sont nécessaires afin de déterminer si celle-ci a été faite :

- 1) L'art antérieur renferme-t-il l'objet défini par les revendications du brevet ?
- 2) L'art antérieur a-t-il été divulgué avant la date de revendication du brevet ?

---

80. *Loi sur les brevets*, préc., note 60, art. 28.2(1).

81. *Id.*, art. 28.2(1)(b).

82. *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024.

83. *Zero Spill Systems (Int'l) Inc. c. Heide*, 2015 CAF 115, par. 83 et 94.

84. Une publication ou un usage antérieur ont été considérés comme une divulgation publique. Voir : *Bombardier Recreational Products Inc. c. Arctic Cat Inc.*, 2017 CF 207, par. 479. La publication peut être écrite ou orale. Voir : *Gilead*, préc., note 69, par. 65.

85. *Loi sur les brevets*, préc., note 60, art. 28.2(1)(a). De plus, sans faire un exposé détaillé dans le présent article, car la discussion va au-delà de l'objet des présentes, rappelons toutefois que la période de grâce permet certaines divulgations publiques de l'invention, sans affecter la nouveauté de celle-ci : pour une discussion plus détaillée relative aux dates de priorité, voir Stephen J. PERRY et T. Andrew CURRIER, préc., note 79, p. 210-233.

86. *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, [2008] 3 R.C.S. 265.

3) L'objet du brevet était-il accessible au public ?<sup>87</sup>

Quant au deuxième critère, soit le caractère réalisable, il faut que l'invention puisse être réalisée de façon concrète par le public à la suite de la divulgation. Elle doit être considérée en analysant le brevet dans son ensemble, et la personne versée dans l'art doit être capable d'exécuter ou de réaliser l'invention du deuxième brevet sans trop de difficultés<sup>88</sup>.

**iii) La non-évidence ou l'activité inventive**

Le critère de la non-évidence indique que l'objet des revendications ne doit pas « être évident pour une personne versée dans l'art ou la science dont relève l'objet »<sup>89</sup>. Par opposition à la nouveauté, la non-évidence nécessite quant à elle d'aller plus loin que la simple nouveauté et sa dichotomie « secret/public », en requérant plutôt une obligation de substance, soit l'avancement des connaissances par rapport aux inventions divulguées et connues<sup>90</sup>. Elle peut être déduite par l'entremise d'une « mosaïque »<sup>91</sup> de sources pour conclure que l'invention existe déjà<sup>92</sup>. Principalement une question de fait, sa preuve nécessite que la prépondérance des probabilités soit en sa faveur. Ayant fait l'objet de diverses approches à travers le temps, le test pour déterminer la non-évidence a été revisité par la Cour suprême dans *Sanofi-Synthelabo*, laquelle s'est inspirée des tests utilisés aux États-Unis et en Grande-Bretagne pour en venir à une approche à quatre volets :

(1) a) Identifier la « personne versée dans l'art » ;

b) Déterminer les connaissances générales courantes pertinentes de cette personne ;

87. *Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2011 CF 1323, confirmée en appel : 2012 CAF 333 – la décision reprend les critères de *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, préc., note 86.

88. *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, préc., note 86, par. 37.

89. *Loi sur les brevets*, préc., note 60, art. 28.3.

90. *Beloit Canada c. Valmet*, [1997] 3 C.F. 497 ; *Apotex Inc. c. Sanofi -Synthelabo Canada Inc.*, préc., note 86, par. 67.

91. *Laboratoires Servier c. Apotex*, 2008 CF 825, par. 254 ; *Lundbeck Canada Inc. c. Ratiopharm Inc.*, 2009 CF 1102, par. 145.

92. *Abbott Laboratories c. Canada (Minister of Health)*, [2009] 4 F.C.R. 401 (C.F.), par. 59.

- (2) Définir l'idée originale de la revendication en cause, au besoin par voie d'interprétation ;
- (3) Recenser les différences, s'il en est, entre ce qui ferait partie de « l'état de la technique » et l'idée originale qui sous-tend la revendication ou son interprétation ;
- (4) Abstraction faite de toute connaissance de l'invention revendiquée, ces différences constituent-elles des étapes évidentes pour la personne versée dans l'art ou dénotent-elles quelque inventivité ?<sup>93</sup>

Relativement au premier critère, le niveau de connaissances requis pour la personne versée dans l'art (les notions de « connaissances publiques » versus « connaissances générales courantes ») a fait l'objet de nombreuses discussions, lesquelles ont été résumées dans la décision *Eurocopter c. Bell Helicopter*<sup>94</sup>. En somme, on doit : (1) vérifier la source de l'information<sup>95</sup> ; et ensuite (2) décider de quel domaine provient cet élément, et si ce domaine est pertinent au brevet en question<sup>96</sup>. Quant au deuxième critère, la Cour rappelle que l'analyse doit être faite en fonction des connaissances générales courantes dans le domaine d'activités des brevets et non dans d'autres domaines<sup>97</sup>. Le troisième critère prévoit que la révision des différences entre l'art antérieur et l'aspect inventif d'une revendication doit s'arrêter si elle ne révèle aucune différence. Finalement, le dernier et quatrième critère demande de déterminer si la différence entre le concept inventif et l'art antérieur aurait pu être comblée simplement au moyen des connaissances générales courantes d'une personne versée dans l'art.

#### **4) L'INTERSECTION ENTRE LE DROIT DES BREVETS ET LE DROIT DES CONTRATS : DES RISQUES MULTIPLES POUR LES CLIENTS DE PLATEFORMES D'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE**

Compte tenu de ce qui précède, on constate qu'en matière de technologies de pointe, les parties impliquées ont fort à perdre lorsqu'il existe des ambiguïtés contractuelles, tant au chapitre

93. *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, préc., note 86, par. 67.

94. *Eurocopter c. Bell Helicopter Textron Canada Limitée*, 2012 CF 113.

95. *Id.*, par. 48.

96. *Id.*, par. 49.

97. *Id.*

de la nature des contrats qu'à celui du contenu des dispositions relatives à la propriété des inventions. De plus, les règles entourant les brevets, lesquelles sont décrites brièvement ci-dessus, ajoutent des éléments d'incertitude pouvant affecter le degré de protection des inventions des clients-utilisateurs qui ne sont pas vigilants. En effet, les nouveaux modèles d'affaires de l'intelligence artificielle, lesquels suivent l'évolution des offres de services technologiques, amènent de nouvelles questions qui doivent trouver réponse dans la planification stratégique de l'entreprise désireuse de protéger ses inventions d'IA. Nous exposerons dans cette section trois types de risques qui découlent de l'usage des plateformes d'IA : tout d'abord, nous aborderons les risques préalables à l'obtention d'un brevet relativement à la brevetabilité des inventions, sous l'angle des critères de la nouveauté et de la non-évidence, puis nous traiterons des risques en matière de propriété des inventions, à l'aide d'une discussion sur les enjeux contractuels et l'identification des inventeurs, pour terminer par les risques liés aux brevets, une fois que ceux-ci sont accordés.

**a) Les risques liés à la brevetabilité des inventions  
découlant de l'utilisation de plateformes d'IA**

Les utilisateurs des plateformes choisissent souvent celles-ci pour leur côté pratique et afin d'accélérer leur innovation interne sans devoir effectuer des investissements substantiels. Cependant, ces mêmes utilisateurs ont généralement des préoccupations quant à la création de toute propriété intellectuelle générée par l'usage de la plateforme. En effet, ils voudront s'assurer de conserver autant que possible les droits de propriété intellectuelle, plus particulièrement en matière de brevets, afin de pouvoir profiter d'un avantage concurrentiel si une invention est brevetable. Nous expliquerons dans cette section que certains critères de brevetabilité, spécifiquement i) la nouveauté ; et ii) la non-évidence, constituent un risque auquel les utilisateurs des plateformes peuvent se heurter. Nous illustrerons notre propos à l'aide des deux tests de la décision *Sanofi-Synthelabo* ayant analysé l'application de ces deux critères.

**i) La nouveauté**

Le test de *Sanofi-Synthelabo* pour la nouveauté révèle les failles potentielles pouvant affecter la protection d'actifs de propriété intellectuelle. Du côté du premier critère du test de l'antériorité, soit la nature de la divulgation antérieure, certaines des conditions



peuvent poser problème sans pour autant invalider l'entière d'une demande de brevet :

*I. L'art antérieur renferme-t-il l'objet défini par les revendications du brevet ?*

Ici, comme il est possible de faire échec à la nouveauté à l'aide d'une seule source d'art antérieur, ladite source doit renfermer l'intégralité de l'objet défini par les revendications. Dans le cas où le client utilise la plateforme et en personnalise certains aspects à l'aide de code source libre, par exemple provenant d'un référentiel<sup>98</sup> (tel que le populaire Github), une vérification diligente serait nécessaire afin de déterminer si la portion ayant fait l'objet de la personnalisation fait déjà l'objet d'une divulgation existante, étant donné que le code est disponible publiquement. On peut aisément imaginer que cette vérification puisse rapidement s'avérer laborieuse et difficile à réaliser lorsque les origines du code source intégré sont multiples. Par ailleurs, il faut également se rappeler que comme l'analyse de la nouveauté nécessite de décortiquer les revendications une par une, cela pourrait conduire au rejet de certaines revendications. En effet, une portion de la demande de brevet pourrait être affectée dans le cas où les revendications constituent des idées ou des fonctions identiques à une source publique. Par contre, si ces revendications ne constituent pas le cœur de la demande de brevet, celles-ci n'auraient pas nécessairement pour effet d'invalider la demande en entier.

*II. L'art antérieur a-t-il été divulgué avant la date de revendication du brevet ?*

La nature éminemment publique du code source libre publié dans des sites Web destinés aux développeurs constitue évidemment une divulgation et, donc, pourrait faire échec à une protection potentielle. Comme nous l'avons mentionné dans le premier point, une vérification diligente s'impose afin de déterminer si le concept derrière la portion du code source en question a fait l'objet d'une divulgation préalable.

---

98. On peut définir un référentiel comme une « base de données centrale qui stocke et gère l'information d'une entité et de ses systèmes dans le but de servir de point de référence lors de phases ultérieures du traitement ». INSTITUT CANADIEN DES COMPTABLES AGRÉÉS, *Dictionnaire de la comptabilité et de la gestion financière*, version 1.2, 2006, en ligne : <[http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id\\_Fiche=506801](http://gdt.oqlf.gouv.qc.ca/ficheOqlf.aspx?Id_Fiche=506801)>.

### III. L'objet du brevet était-il accessible au public ?

La question de l'objet du brevet et de son accessibilité au public est moins évidente que les deux sous-questions précédentes. En effet, il pourrait être possible qu'une invention découle de code source libre sans que cela affecte le critère de la nouveauté, si par exemple la demande de brevet s'inspire de celui-ci et respecte les autres critères prévus par la *Loi sur les brevets*<sup>99</sup>. On pourrait donc concevoir une invention incorporant les concepts divulgués dans du code source libre, transformés ou amalgamés avec des éléments nouveaux de manière à constituer un ensemble ou une combinaison formant une nouvelle invention. Également, une ou plusieurs des étapes principales d'un modèle d'IA provenant de code source libre pourraient être remplacées entièrement ou modifiées de façon significative, résultant en une invention qui respecterait l'exigence de la nouveauté. Cette troisième sous-question met en lumière l'importance de distinguer le code source du brevet potentiel qui peut s'en inspirer.

Quant au deuxième critère du test *Sanofi-Synthelabo*, soit le caractère réalisable, celui-ci n'est pas nécessairement pertinent dans le contexte de l'usage de code source libre. En effet, la publication sur des référentiels de code source libre ayant une ou des fonctions précises vise à partager des développements utiles pour la communauté des développeurs. Dans cette optique, une demande de brevet découlant d'un tel code source peut donc être présumée relativement aisée à reproduire compte tenu des objectifs derrière sa publication sur un référentiel, soit l'utilité et le partage de connaissances. Par conséquent, hormis dans le cas d'une rédaction ambiguë de la demande, l'utilisation de code source libre dans une invention n'aurait aucune incidence sur le caractère réalisable de l'invention.

#### ii) La non-évidence

Quant à la non-évidence, elle peut par contre poser un problème plus épineux que la nouveauté. Effectivement, le test de *Sanofi-Synthelabo* révèle certaines difficultés :

- (1) Qui est la « personne versée dans l'art » et quelles sont les connaissances générales courantes pertinentes de cette personne ?

---

99. *Loi sur les brevets*, préc., note 60, art. 27(3).

Ce critère n'est pas pertinent pour les fins de notre analyse, puisque les inventions dérivées des plateformes d'IA ne diffèrent pas d'autres types d'inventions au regard de celui-ci.

(2) Quelle est l'idée originale de la revendication en cause ?

En ce qui concerne l'idée originale, c'est là que le bât blesse. En effet, bien qu'une idée originale puisse tirer son origine de code source libre, l'étendue de la protection des inventions découlant des plateformes peut être affectée et être plus restreinte que si aucune information n'était disponible publiquement. Effectivement, compte tenu de l'abondance d'informations et de ressources rendues disponibles publiquement à une vitesse phénoménale dans l'industrie de l'intelligence artificielle (y compris de nombreux algorithmes et modèles d'IA), le défi peut en fait résider dans la conception d'une invention véritablement originale. L'utilisateur soucieux de protéger sa propriété intellectuelle, mais désirant emprunter certains raccourcis en utilisant des ressources disponibles publiquement, peut s'exposer à une mauvaise surprise si la conception de son invention n'est pas planifiée de façon stratégique afin de maximiser les chances de succès de sa demande de brevet potentielle. Cela est d'autant plus vrai que certains modèles et algorithmes sont parfois décrits avec précision dans les documents explicatifs publiés dans les référentiels populaires.

(3) Quelles sont les différences, s'il en est, entre ce qui ferait partie de « l'état de la technique » et l'idée originale qui sous-tend la revendication ou son interprétation ?

Ici, le demandeur de brevet devra faire la preuve qu'il existe des différences entre le code source ouvert (que celui-ci provienne d'une source ou de plusieurs sources) et l'idée originale décrite dans la demande. Cela est important dans la mesure où, contrairement au test de la nouveauté, les revendications sont analysées à la lumière d'une mosaïque de sources, et il peut donc être plus facile de conclure que l'idée n'est pas nécessairement originale. De plus, on peut se demander si le client n'aurait pas une certaine difficulté à argumenter que l'invention est non-évidente dans un contexte où une plateforme d'IA n'offre qu'un éventail défini d'algorithmes ou de modèles disponibles sur sa plateforme, qui peuvent être combinés de façon limitée entre eux.

- (4) Ces différences constituent-elles des étapes évidentes pour la personne versée dans l'art ou dénotent-elles quelque inventivité ?

L'analyse du niveau de difficulté afin d'arriver à l'invention fait suite à la discussion du troisième critère, en ce que l'évaluation de la mosaïque des sources pourrait révéler que l'invention n'est pas réellement dans sa substance inventive. En outre, comme mentionné dans le point précédent, un nombre déterminé de fonctionnalités disponibles et de combinaisons possibles pour le client pourrait également rendre l'argument de l'inventivité plus ardu.

À la lumière de ce qui précède, le lecteur peut constater que les tendances en matière d'innovation collaborative soulèvent des questions sur les meilleures pratiques à adopter en matière de protection des actifs de propriété intellectuelle. De façon plus spécifique, les critères d'inventivité décrits ci-dessus peuvent constituer un obstacle à l'utilisation de code source libre ou, à tout le moins, inciter à un encadrement plus soutenu des développeurs de ces inventions potentielles.

## **b) Les risques liés aux droits de propriété intellectuelle dans l'invention**

En plus des enjeux particuliers au droit des brevets, les utilisateurs doivent réfléchir aux différentes questions contractuelles touchant à la propriété intellectuelle, lesquelles peuvent avoir un impact sur la détermination de la titularité des droits découlant des plateformes d'IA. Nous aborderons en premier lieu l'imprécision des contrats, pour ensuite discuter de l'intersection entre le contrat de plateforme d'IA et les licences libres et ouvertes, et terminer avec les difficultés pouvant survenir lors de l'étape d'identification des inventeurs.

### ***i) L'imprécision des contrats***

En l'absence de délimitation claire des droits de propriété intellectuelle dans les contrats des plateformes d'intelligence artificielle, on peut anticiper de nombreux problèmes. Bien que les contrats régissant les plateformes d'IA incluent généralement une clause traitant de la propriété intellectuelle, celle-ci se limite souvent à déclarer que les droits de propriété intellectuelle du logiciel de même que toutes améliorations subséquentes demeurent au fournisseur de

service. Dans une telle situation, la clause de propriété intellectuelle ne définit donc pas nécessairement de façon précise les droits dans les produits résultant de l'usage de la plateforme d'IA. Cela est particulièrement problématique dans le cas où ces plateformes servent d'outils de développement pour les clients. Par exemple, une solution développée à l'aide d'une plateforme libre-service, ainsi que les données sortantes générées par la plateforme, peuvent être considérées comme des « produits » découlant de l'usage de celle-ci. Ces produits peuvent être d'une nature cruciale pour l'analyse subséquente des créations dérivées de la plateforme, mais également comporter une valeur commerciale inestimable pour le client. À titre d'exemple, on peut penser notamment aux algorithmes composant une solution, au code source de ceux-ci, et à leurs métadonnées. D'autres exemples de produits sont les données brutes et les données intermédiaires générées par la plateforme, telles que les données de traitement ou d'épuration. Qu'en est-il des droits sur ces items ? En l'absence d'une clause traitant spécifiquement des droits de propriété intellectuelle sur ces produits dérivés de cet usage, certains commentateurs français proposent deux analyses. La première analyse consiste à qualifier juridiquement une solution d'IA comme une chose dont les fruits seraient soumis à la théorie de l'accession par production<sup>100</sup>. La seconde analyse consiste à interpréter l'IA en tant que solution ne fonctionnant qu'avec des données, les fruits de cette solution n'étant également que des données. En d'autres termes, ces fruits (les données sortantes) seraient encadrés par le régime des bases de données<sup>101</sup>. Au Québec, le Code civil contient une disposition quasi identique à la première théorie, soit celle de l'accession, laquelle prévoit que « [la] propriété d'un bien donne droit à ce qu'il produit et à ce qui s'y unit, de façon naturelle ou artificielle, dès l'union »<sup>102</sup>. Une conclusion similaire pourrait donc être applicable sur ce point. Quant aux données, il faudrait s'en remettre aux critères du droit d'auteur applicables aux compilations de données<sup>103</sup>, le Canada n'ayant pas de

100. Art. 546 Code civil français : « La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle "droit d'accession". »

101. Marie DANIS, Charles BOUFFIER et Thomas FEIGEAN, « L'intelligence artificielle appliquée au secteur de la finance : enjeux contractuels et cas de responsabilités », (2019) 1 *Annales des mines – Réalités industrielles* 65, 67, en ligne : <<http://www.anales.org/edit/ri/2019/ri-fevrier-2019/2019-02-15.pdf>>.

102. Art. 948 C.c.Q. : « La propriété d'un bien donne droit à ce qu'il produit et à ce qui s'y unit, de façon naturelle ou artificielle, dès l'union. Ce droit se nomme droit d'accession. »

103. *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. C-42, art. 3(1) ; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 33 (ci-après « *CCH* »). À titre de

législation distincte à ce titre comme l'Europe<sup>104</sup>. De plus, compte tenu des défis mentionnés plus tôt, relatifs à la qualification des contrats technologiques par les tribunaux, on peut raisonnablement supposer qu'en cas de litige sur les droits de propriété, la détermination du partage de ceux-ci peut aisément s'en trouver complexifiée et risquer de ne pas refléter la réalité. Par ailleurs, une rédaction ambiguë du contrat ainsi que l'absence de preuve adéquate concernant les droits de propriété (particulièrement lorsque du code source ouvert est utilisé) peuvent amener au rejet des recours judiciaires recherchés<sup>105</sup>.

**ii) Les licences libres et ouvertes et les produits du développement collaboratif**

De façon générale, les licences des logiciels libres ne constituent pas en elles-mêmes un obstacle contractuel à la brevetabilité. En effet, le code source étant protégé par droit d'auteur en tant qu'œuvre littéraire, rien n'empêche d'en breveter l'aspect fonctionnel, soit un procédé ou une méthode sous-jacente. Cependant, certaines licences de logiciels libres, telle que la GPL, comprennent des clauses limitant de manière importante la possibilité d'exercer des droits sur un brevet lorsque l'invention s'appuie sur du code source qui est distribué en

---

rappel, les critères de protection d'une compilation des données sont les suivants : (1) elle émane de l'auteur ; (2) elle ne constitue pas une copie d'une autre œuvre ; et (3) elle résulte de l'exercice non négligeable du talent et du jugement. Lorsque ces trois critères sont remplis, une œuvre est considérée comme originale au sens du droit d'auteur. À noter que le concept d'originalité (suivant l'arrêt *CCH* précité) appliqué aux compilations touche l'agencement global et les éléments qui composent la compilation, et non l'originalité des éléments individuels de la compilation eux-mêmes.

104. CE, *Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données*, [1996] J.O. L 77, 27 mars 1996, p. 20 à 28.

105. Dans une affaire ontarienne, One Street Digital (ci-après « OSD ») avait développé une plateforme logicielle en vertu d'un contrat de services pour le compte de Berkeley Payment Solution (ci-après « BPS »), lequel prévoyait que les livrables demeureraient la propriété de OSD. À la suite d'un amendement modifiant de façon substantielle la clause de propriété intellectuelle pour accorder les droits à BPS, un litige est né relativement aux droits des parties sur ces livrables. La Cour supérieure de l'Ontario a déterminé que l'absence de preuve suffisante de la part d'OSD par rapport à la nature de sa propriété avait pour résultat de rendre impossible d'accorder l'ordonnance demandée. Ce jugement illustre que bien qu'OSD ait argumenté avoir bien « séparé » le logiciel composant la plateforme, ainsi que le code source ouvert, afin de protéger les éléments originaux du logiciel, les contours du droit de propriété n'ont pas été suffisamment clairs pour convaincre le juge en l'instance de la validité du recours. Voir : *One Street Digital Inc. c. Berkeley Payment Solutions Inc.*, 2016 ONSC 6147, permission d'appel rejetée : *One Street Digital Inc. c. Berkeley Payment Solutions Inc.*, 2017 ONSC 1163.

vertu d'une telle licence<sup>106</sup>. Comme mentionné plus haut, l'auteur du code original ou du code modifié qui distribue ledit code source en vertu d'une licence GPL ne peut obliger les utilisateurs et les redistributeurs subséquents à respecter le brevet, en raison de cette licence implicite qui est transmise à tous les utilisateurs subséquents. Cette situation fait donc échec à un des avantages centraux d'un brevet, soit le droit d'exclure les tiers de certains actes réservés au détenteur du brevet. L'effet du monopole accordé par le brevet s'en trouve ainsi diminué. Les licences permissives ne comportant toutefois pas cette obligation de redistribution, elles ne posent pas problème à ce titre.

Au-delà des licences libres et ouvertes, le développement collaboratif peut tout de même soulever des problèmes dans la chaîne de titres des droits de propriété intellectuelle associés aux innovations découlant des plateformes d'IA. La plupart des logiciels libres contiennent des contributions intégrées les unes aux autres pour former un logiciel autonome, créant ainsi – pour utiliser la terminologie propre au droit d'auteur – une œuvre créée en collaboration<sup>107</sup>. Par conséquent, une fois ces contributions rassemblées, la part de chacun des contributeurs devient difficile à distinguer. Les questions qui se posent sont les suivantes : (1) en l'absence d'une division contractuelle des droits dans cette œuvre, quel régime doit-on appliquer ? ; et (2) quel parallèle pouvons-nous dresser quant à ces contributions du point de vue du droit des brevets ?

Au regard de la première question, et sans dissenter sur celle-ci, le droit d'auteur n'étant pas l'objet de cet article, notons tout de même que la *Loi sur le droit d'auteur* n'apporte aucun éclairage quant aux effets du statut des œuvres créées en collaboration. L'affaire *Tremblay c. Nguyen*, l'un des seuls jugements à s'être prononcé sur cette question, a confirmé la possibilité pour un titulaire indivis de droit d'auteur de s'adresser seul aux tribunaux lorsque ce droit est violé<sup>108</sup>. Dans cette affaire, la Cour a déterminé qu'une œuvre créée en collaboration avait comme conséquence de créer un droit d'auteur unique<sup>109</sup>, résultant en une copropriété indivise<sup>110</sup>. Chacun des contributeurs possède donc l'autorité d'exercer les droits attachés

---

106. OPEN SOURCE INITIATIVE, « Licence GPLv3 », clause 11, en ligne : <<https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html>>.

107. *Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 103, art. 2.

108. *Tremblay c. Nguyen*, REJB 1997-03893 (C.S.Q.).

109. Art. 1010 C.c.Q.

110. *Tremblay c. Nguyen*, préc., note 108, par. 20.

à celui-ci<sup>111</sup>, à condition de ne pas porter atteinte aux droits des autres contributeurs.

Quant à la deuxième question, sachant que la copropriété d'un brevet peut découler du silence relatif aux droits respectifs de chacun des intervenants à la demande de brevets<sup>112</sup>, qu'en est-il des inventions non protégées par brevet<sup>113</sup> ? En effet, les inventions et les brevets protégeant ces inventions partagent le même statut, soit celui de bien immatériel. À ce titre, il est loisible d'imaginer que les inventions puissent également faire l'objet du même raisonnement que les brevets, c'est-à-dire qu'elles soient assujetties au régime de la copropriété prévu par le Code civil<sup>114</sup>. C'est d'ailleurs l'opinion de certains auteurs qui reconnaissent que les inventions – en tant qu'objets de droit de propriété intellectuelle – pourraient possiblement être qualifiées d'actif intangible pouvant constituer un bien incorporel, sous réserve que celui-ci ait une valeur économique et qu'il existe une empreinte matérielle à travers laquelle il puisse être discerné<sup>115</sup>. La même analyse pourrait être réalisée pour les données<sup>116</sup>.

### *iii) L'identification adéquate des inventeurs*

Un risque additionnel, quoique possiblement plus théorique, se trouve dans la possibilité qu'un ou plusieurs inventeurs deviennent copropriétaires d'un brevet de façon non intentionnelle et doivent alors partager les profits découlant de sa commercialisation. Cette situation pourrait survenir dans le cas où le contrat est muet ou ambigu quant à la propriété intellectuelle, ou encore dans le cas où un collaborateur externe (par exemple un auteur de code source libre qui répondrait aux critères d'« inventeur ») est oublié et doit être ajouté par la suite, causant ainsi une situation de copropriété. Suivant *Apotex*, puisqu'il faut déterminer qui a « essentiellement effectué la combinaison »<sup>117</sup> d'une revendication, lorsque celle-ci implique du contenu libre et ouvert et constitue l'objet principal de

111. Art. 1015(2) C.c.Q.

112. *Loi sur les brevets*, préc., note 60, art. 31(5).

113. Nous excluons pour les besoins de notre analyse les cas où les droits dans ces inventions sont déterminés contractuellement entre les parties.

114. Art. 1010 et s. C.c.Q.

115. Stéphane GILKER et Charles LUPIEN, « Le droit de propriété dans les mondes virtuels en droit civil québécois », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, vol. 311, *Développements récents en droit du divertissement*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 199.

116. *Id.*, p. 194. Voir également *Hindle c. Cornish*, [1991] R.J.Q. 1723 (C.S.Q.).

117. *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, préc., note 61, par. 98.



cette revendication, il faut s'assurer d'identifier correctement le ou les inventeurs. Le code source libre étant par définition l'œuvre de plusieurs auteurs, cela peut constituer un défi parfois fastidieux. Par contre, dans le cas où les idées provenant de ce matériel ne sont qu'un élément parmi tant d'autres, il sera plus aisé d'établir que l'auteur de l'idée originale est bien l'utilisateur de la plateforme d'IA. La *Loi sur les brevets* étant muette sur la question d'un tel partage en l'absence de convention entre les parties, il faut se questionner quant à l'approche appropriée dans ce cas. Certains auteurs ont argumenté qu'on devait se tourner vers les principes de droit civil, en l'occurrence ceux entourant la copropriété<sup>118</sup>, tandis que d'autres ont vigoureusement réfuté cette proposition, arguant que celui-ci ne peut s'appliquer qu'au brevet et non à l'invention elle-même<sup>119</sup>. En outre, on peut se demander si le fait pour une personne de simplement fournir des données d'entraînement à une plateforme (sans pour autant modifier les fonctionnalités de celles-ci ou choisir la structure ou l'organisation des tâches) permettrait de qualifier une telle personne d'inventeur<sup>120</sup> – on peut en douter. Finalement, qu'arrive-t-il si la plateforme d'IA constitue elle-même la source de l'invention ? Compte tenu de la nécessité pour un inventeur d'être un humain<sup>121</sup>, la seule façon pour que l'invention puisse respecter les critères prévus dans la *Loi sur les brevets* serait qu'elle soit effectivement réalisée par un humain, même si cette invention comprend une trajectoire pouvant être qualifiée d'indirecte. En d'autres mots, si les utilisateurs de la plateforme réalisent qu'une telle invention a été créée et qu'ils sont en mesure de la décrire de façon suffisante, suivant les exigences de la *Loi sur les brevets*, ces utilisateurs pourraient être considérés comme les inventeurs, remplissant donc l'exigence. À tout le moins,

- 
118. Panagiota KOUTSOGIANNIS, « La co-propriété des brevets : une analyse », (2000) 12(3) *C.P.I.* 949, en ligne : <<https://www.lespci.ca/s/1998>>. M<sup>e</sup> Koutsogiannis argumente que le raisonnement de la décision de la Cour d'appel du Québec, *Marchand c. Péloquin*, [1978] C.A. 266 (C.A.Q.) (ci-après « *Marchand* ») devrait s'appliquer de façon générale en matière de droits de brevets conjoints.
119. C'est l'argument soulevé par certains auteurs, qui soutiennent qu'en l'absence d'une convention contraire, le droit québécois devrait plutôt suivre les enseignements des autres provinces canadiennes, dont *Forget c. Specialty Tools of Canada Inc.* (1995), 62 C.P.R. (3d) 537 (C.A. B.C.), et limiter la portée de l'application de l'arrêt *Marchand* (préc., note 120). Voir : Pascal LAUZON, « Le partage des profits entre copropriétaires de brevets : Un survol international – Une réponse pour le Québec ? », (2009) 21(1) *C.P.I.* 123, en ligne : <<https://www.lespci.ca/s/1105>>.
120. Voir à ce sujet la décision britannique *Stanelco Fibre Optics Ltd's Applications*, [2005] R.P.C. 15, dans laquelle la personne avait seulement mis en œuvre l'invention sans offrir toutefois de contribution inventive, soit dans ce cas, peindre quelque chose en rose.
121. *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, préc., note 61, par. 96.

force est de constater que la question du potentiel partage des profits provenant de l'exploitation d'un tel brevet pourrait causer des maux de tête aux parties en cause.

### **c) L'invalidation du brevet**

Finalement, les derniers risques que nous croyons pertinent de soulever peuvent survenir après l'octroi du brevet. En effet, comme mentionné, lorsque du contenu externe est intégré à un outil qui aura un usage assujéti à une licence propriétaire, un risque potentiel consiste en l'omission d'un inventeur lors de la demande de brevet. Comme mentionné plus haut, dans le cas d'une omission accidentelle, il est possible de rectifier la situation au moyen d'une demande aux tribunaux. Par contre, dans le cas où un co-inventeur est omis sciemment et que sa contribution n'est pas reconnue, celui-ci conserve le droit de s'opposer audit brevet, et pourrait faire échec à sa validité<sup>122</sup>. Mentionnons à titre de référence qu'aux États-Unis, lorsqu'un inventeur est oublié et qu'il est ajouté par la suite, cela peut affecter de façon importante la liste finale des inventeurs et ainsi avoir des conséquences sur certaines questions comme le partage des revenus. En effet, un inventeur qui aurait participé à seulement deux revendications sur 60 pourrait ainsi être co-inventeur dans la même proportion qu'un autre inventeur (en l'absence bien sûr d'une convention à l'effet contraire), si cette personne remplit les critères nécessaires pour être qualifiée d'inventeur<sup>123</sup>. Une telle situation apparaît donc à première vue comme profondément inéquitable. Cela peut sembler théorique, mais il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un risque périlleux qui incite à la vigilance. Il faut par contre remettre en perspective ce risque : en raison du nombre important de demandes de brevets et de la difficulté pour un contributeur externe de vérifier le contenu derrière la « boîte noire » dans le cas d'un logiciel propriétaire, un contributeur externe a peu de chances de se rendre compte de l'utilisation de son invention. Comme il arrive fréquemment en pratique, cette découverte pourrait en fait plutôt avoir lieu au moment où le détenteur du brevet entame la mise en œuvre de l'exécution des droits découlant du brevet ou dans le cas d'une fuite de données.

---

122. *Loi sur les brevets*, préc., note 60, art. 53(1).

123. 35 *United States Code* § 116. Pour un résumé, voir Mylène MASTROSTEFANO, *Les brevets conjoints : panacée pour l'innovation ou boîte de Pandore juridique ?*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2015, p. 60-63.

## CONCLUSION

En somme, le lecteur est à même de constater que si le potentiel de réaliser des progrès à l'aide des plateformes d'intelligence artificielle est immense, des risques guettent toutefois leurs clients utilisateurs. Cependant, ces risques doivent être pris en considération dans une perspective globale de gestion des risques au sein de l'entreprise. Autrement dit, l'utilisateur avisé devra s'assurer d'analyser son marché, ses cibles et de déterminer le rôle de la propriété intellectuelle dans la réalisation de ses objectifs. Après réflexion, il est fort possible que la conclusion soit que ces risques sont justifiés et que d'autres éléments décisionnels, comme l'importance d'intégrer un certain marché dans un délai rapide, doivent par exemple primer un investissement en développement d'innovations technologiques. Dans cette optique, les logiciels libres amènent de nombreux bénéfices et peuvent permettre aux entreprises de répondre à leurs besoins de tirer profit de leurs innovations, tout en permettant d'innover et de contribuer aux communautés de développement de logiciels<sup>124</sup>. Par ailleurs, l'utilisateur pourra peut-être considérer d'autres options pour développer son portefeuille, telles que l'acquisition d'actifs de propriété intellectuelle ou d'autres entreprises dans des secteurs connexes. Nous croyons donc que la clé pour les clients se trouve, d'une part, dans un choix réfléchi des plateformes utilisées pour développer des inventions. D'autre part, la tenue d'une discussion entre les parties impliquées dans l'innovation est nécessaire, afin de garantir une approche cohérente au sein de l'entreprise relativement aux stratégies de protection des actifs de propriété intellectuelle. De surcroît, une analyse des dispositions contractuelles visant la propriété intellectuelle s'impose afin de délimiter les droits des parties respectives de façon adéquate. Finalement, une analyse des coûts et des bénéfices devrait être réalisée afin de déterminer les priorités de l'entreprise, ses besoins et l'importance relative de la protection des innovations dans ce contexte, et ainsi de faire les choix appropriés d'outils d'IA pour son virage technologique.

---

124. Giovanna MASSAROTTO, « Open Source Paradigm: Beyond the Solution to the Software Patentability Debate », (2016) 15 *J. Marshall Rev. Intell. Prop. L.* 647, en ligne : <<https://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1393&context=ripl>>.