

Economie de l'Immatériel : les Français doivent cesser de taper dans leur but !

Faute d'encadrement strict, nous assistons à une explosion de demande de brevets logiciels aux Etats-Unis¹. On estime à plus de 40 000 le nombre des brevets logiciels déposés en 2006. Ce qui fait les (bonnes) affaires de multiples cabinets et intermédiaires qui ne se disputent pas pour faire la police dans cette gabegie. De plus, cela fait là encore les (bonnes) affaires d'une myriade de cabinets d'avocats qui vivent des contentieux opposant les éditeurs. Résultats des courses ? Le dévoiement de l'esprit même de la protection intellectuelle et une perte constante de crédibilité des instances en charge de protéger et de valoriser l'innovation. Nous voilà mal partis pour construire une économie performante des connaissances. En matière de droit de la propriété intellectuelle, le retour à la rigueur et à la protection réservée surtout aux « vraies inventions » semble indispensable si nous voulons préserver une véritable inventivité. Il convient de barrer la route au détournement du droit des brevets au bénéfice de sociétés peu scrupuleuses. Les initiés constatent une dérive voire une contradiction par rapport au but fondamental de la Propriété industrielle – protéger les investissements innovants et stimuler la concurrence des savoirs. Le développement des pratiques telles que les *patent trolls*² ou les *patent thickets*³ sont contreproductives... D'un monopole légitime utile au bien public, on tend à passer à un monopole illégitime utile à certains mais incontestablement contre l'intérêt du plus grand nombre. Pourquoi en est-on arrivé à ce point ? Plusieurs raisons. D'abord les américains qui pendant longtemps avaient négligé la PI ont compris le parti qu'ils pouvaient en tirer. Ils l'ont d'autant mieux compris que c'est dans leur culture (Le droit au brevet figure dans le préambule de la constitution américaine), ensuite aux Etats-Unis, les Patents sont moins stricts sur la qualité des dépôts (ceci explique sans doute le développement des brevets de *business methods*). Les américains de fait considèrent le brevet comme un outil de « droit d'exclure » les concurrents de l'accès de leurs marchés suscitant le contentieux, ce qui fait parti pour eux du jeu naturel des affaires. En outre, le développement de la financiarisation de l'économie immatérielle a également "boosté" la PI laquelle est devenue monnayable et créatrice de valeur. A partir de cela comment s'étonner que, dans une étape nouvelle, les brevets deviennent l'objet même du modèle économique.

Une autre raison, à mes yeux décisive, pénalise notre économie immatérielle. Malgré son importance, les politiques n'y comprennent pas grand chose et ont démissionné de leur rôle au regard des questions de propriété industrielle en s'adossant à des cabinets qui, en toute logique, défendent d'abord les intérêts de leurs clients. Difficile en effet pour un conseil en propriété industrielle de s'opposer ouvertement à certaines dérives s'il ne veut pas perdre une partie de sa clientèle. Ils défendent d'abord leurs boutiques. Les mécanismes régulateurs ou contre-pouvoirs manquent cruellement. Seules quelques associations et organisations non gouvernementales tentent de résister aux arguments des entreprises qui comme Microsoft, Pfizer, Amazon tiennent des discours qui ne sont pas sans nous rappeler la fameuse phrase du fondateur de Ford ; « *Ce qui*

¹ Selon l'IFI Patent Intelligence, l'année 2006 aura été l'année de tous les records en matière de dépôts de brevets soit 173 772, en hausse de 28,8 par rapport à 2005. Le champion reste le même, IBM leader mondial avec 3651 brevets déposés.

² On désigne sous ce terme de « patent troll » une société dormante dont l'objet est uniquement de détenir des brevets pour ensuite attaquer en violation de propriété intellectuelle les grandes sociétés dont certains produits peuvent reposer sur ces techniques logicielles.

³ Ce sont des tentatives d'acquiescer des monopoles sur des connaissances spécifiques ce qui amène les scientifiques à renoncer parfois à poursuivre des recherches dans certains domaines à cause de brevets à larges revendications ou d'accumulations de brevets (*patent thickets*) exigeant d'obtenir des licences multiples.

est bon pour Ford est bon pour l'Amérique ! ». Non ! Concernant les droits immatériels, tout ce qui est bon pour Microsoft, Pfizer, Amazon, et bien d'autres n'est pas forcément bon pour notre économie. Les partisans de la brevetabilité des logiciels n'ont pas désarmé et la CCE sous la pression ne semble plus maîtriser le jeu. La défaite des européens face aux lobbies anglo-saxons risque de nous coûter la perte de quelques marchés que nous défendions encore. La domination américaine sera alors complète sur les programmes, les algorithmes, les droits dérivés et les droits des logiciels libres. Il faut que les politiques s'organisent pour se réapproprier ces questions qui doivent éviter les écueils entre les combats corporatistes et les polémiques idéologiques partisans et à courte vue. Même les entreprises américaines y voient une dérive dangereuse à terme. Afin de contre-carrer les effets désastreux de ces pratiques, on voit depuis peu les grands acteurs de l'industrie du logiciel ouvrir des pans entiers de leur propriété industrielle au profit de la communauté Open Source. Ainsi IBM a fait une « donation » de plus de 500 brevets à la communauté Open Source en 2005. Après Sun puis IBM, Microsoft à son tour réalise les effets pervers d'une trop forte pression sur la protection intellectuelle⁴. Après avoir, au préalable, affermi quelques positions comme la conjugaison des verbes pour ses logiciels de correction orthographique et « son double clic » sur la souris qui pourraient bloquer quelques concurrents dangereux⁵. Microsoft, avec son initiative « *Open Specification Promise* », offre la possibilité à ceux, particuliers et entreprises, qui utilisent des logiciels communautaires *open source* d'utiliser une partie de ses brevets. L'OSP garantit l'accès aux standards de services web qui incluent des brevets déposés par Microsoft librement disponibles par les éditeurs de logiciels et par les entreprises.

Reste que le droit français en matière de protection de la propriété intellectuelle est une vraie catastrophe pour les combats à venir. Il constitue une perte de chance pour les entreprises qui déposent en France. Pourquoi ? Parce que si le droit américain oblige l'entreprise plaignante à payer tous les frais engagés contre un usurpateur, le droit français lui, ne reconnaît pas vraiment la faute et le préjudice subit par l'entreprise qui a été victime d'une contrefaçon. En d'autres termes, les plagieurs ou usurpateurs peuvent tout à leur aise piocher dans les produits français ; s'ils sont condamnés ce sera uniquement au prorata (avec beaucoup de facteurs qui diminuent le montant des droits à payer) du manque à gagner. C'est un peu comme si les fraudeurs du métro, surpris sans ticket, n'avaient qu'à payer le prix du billet normal⁶. Résultat, à une époque où l'intelligence incorporée dans les produits et les services devient primordiale pour défendre sa compétitivité, c'est un encouragement à la contrefaçon et à fuir le dépôt des brevets en France pour des pays où la sanction contre les contrevenants est un peu plus sérieuse. De son côté, Catherine Chabert, avocat au barreau de Lyon, s'étonne dans les Echos⁷ de ce que la cour de cassation refusait, en juin 2006, le droit de copyright (ou droit d'auteur) à un parfum. Si la musique est un ensemble de notes dont la composition doit être différente à partir de la sixième note, apparemment la Cour n'a pas su convenir qu'un parfum était à sa façon, une composition chaque fois originale de fragrances spécifiques. Retenons en premier lieu que ce refus de protection interdit à son inventeur l'exercice d'un droit de poursuite en cas de contrefaçon. *Soulignons que si le litige avait été porté devant une cour d'un autre pays, comme la Hollande, la demande aurait prospéré positivement.* En second lieu, notons

⁴ Voir le blog « *Patent absurdity* », par Richard Stallman <http://www.framasoft.net/article4007.html>

⁵ Pour l'heure, seuls les Etats-Unis et le Japon sont concernés par le brevet du « double clic ». L'Europe, Dieu merci, ne reconnaît pas la protection des concepts de type "mise en œuvre de combinaisons de procédures" mais seulement leurs réalisations techniques.

⁶ Voir le livre « *Evaluation des droits de propriétés* » de Pierre Breese et d'Alain Kaiser, Gualino Editeur 2004

⁷ *Les Echos*, 18 décembre 2006

que cette décision tranchait un différent entre un salarié et son employeur. Le salarié souhaitant faire valoir que le parfum avait été « inventé » par lui. *Ce qui démontre surtout que les contrats de travail moderne ne tiennent pas suffisamment compte des apports immatériels de leurs salariés*, ce que ne manque pas de souligner Me Chabert. Pour nous le vrai problème est le suivant : la France des ingénieurs a une approche du droit de la propriété industrielle rigoureuse et d'excellente qualité comparée à celle d'autres pays dont les Etats-Unis. Par contre, elle laisse s'installer un droit de la défense de mauvaise qualité lorsqu'il s'agit de protéger les intérêts des inventeurs. Les sanctions sont légères, les dégâts collatéraux jamais estimés. *Les juristes, c'est vrai, font du droit, mais les entreprises font des affaires !* Conclusion. C'est sans doute aussi une raison pour laquelle on dépose de moins en moins en France.

Si rien n'est fait, nous constaterons ces prochaines années une délocalisation progressive de la PI vers des sociétés portant les brevets d'inventeurs français à la fois pour des raisons de défiscalisation, mais aussi pour une meilleure prise en compte des droits de la défense de la PI. Nous devons nettoyer notre droit. Il est parfois difficile de comprendre le charabia fiscal et juridique mais on sait en mesurer les dégâts. Le poids du fisc sur le patrimoine immatériel devient lui aussi un problème qui ne pourra pas être laissé encore longtemps à la marge des modèles d'imposition. L'affaire Gemplus a disparu de l'actualité mais je retiens de cette saga, le discret transfert de ses brevets à l'étranger à des fins d'évasion fiscale. Cette astuce est utilisée pour dissocier le compte d'exploitation des revenus des droits de licences. Ainsi une société peut se déclarer en perte d'exploitation dans un pays et toucher de confortables revenus de ses licences dans un autre. Gemplus a ainsi dégagé un bénéfice d'exploitation en 2000 mais n'a pas payé d'impôt sur le bénéfice en France, ses dirigeants ayant au préalable transféré plusieurs brevets à une structure luxembourgeoise qui percevait les droits sur ses brevets, ce qui leur a permis de se soustraire au paiement de l'impôt sur les sociétés. Business Objects a eu moins de chance et s'est vu réclamer un rappel d'impôt de 85 millions d'euros pour les exercices des années 2003 et 2004. Ce redressement serait consécutif à un différent avec l'administration fiscale française sur le mode de calcul du montant du transfert de droits de propriété intellectuelle de sa filiale française à sa filiale irlandaise. Un montant qui devrait être supérieur au bénéfice de 2007. Business Objects est leader mondial de la vente de licences de logiciels de *reporting*. Bien que d'origine française, Business Object travaille plutôt dans la sphère anglo-saxonne ; on imagine aisément l'impact d'une telle ponction fiscale sur les résultats de la société en France et par contrecoup, sur les évolutions de sa stratégie d'implantation de sa R&D en Europe⁸. Au lieu de prévoir de soulager globalement l'impôt sur les sociétés comme cela a été suggéré dans le rapport sur l'économie immatérielle⁹, les pouvoirs publics devraient s'intéresser plutôt à lancer une campagne « zéro impôt » sur la constitution des patrimoines immatériels issus des brevets déposés en France. *Devenir un havre fiscal pour les droits des licences issues de l'innovation des talents venus du monde entier, voilà l'objectif à viser !* Par ailleurs, le droit international en matière de PI n'empêche nullement un pays de participer à l'augmentation de la valeur marchande d'une protection. Nous pouvons jouer sur la labellisation des dépôts passés en France qui assureraient une meilleure garantie de protection aux déposants. *Pour cela, les dépôts ne découperaient pas seulement les classes d'activités protégées mais aussi un niveau de protection pouvant aller jusqu'à une assurance juridique de défense des droits*

⁸ BO a un siège social à San Jose en Californie et un second à Paris. La société réalise plus de la moitié de son chiffre d'affaires aux Etats-Unis, ce qui l'expose fortement au dollar. De plus le groupe publie ses comptes en monnaie américaine, tandis que les charges, notamment de Recherche & Développement, sont supportées en euros.

⁹ Maurice Levy et Jean-Pierre Jouyet, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel

qui, sous réserve de recherche et d'expertises approfondies, seraient pris en charge par l'INPI.

Il n'est pas impossible non plus de créer comme en Suède une Agence spécialisée en charge de missions de conseil et de commercialisation des actifs immatériels qui lui seraient confiés. Nous pensons notamment à la patate chaude des innovations issues des universités et des laboratoires de la recherche publique qui pourraient s'appuyer sur un « trader » français spécialisé. Un peu d'innovation dans les modes de protection et de commercialisation ne serait pas de refus alors que les coûts de protection au moins européens deviennent hors d'atteinte des petites entreprises. Voilà pourquoi, la récente proposition du Ministre des PME, Renaud Dutreil, sur la suggestion de la Compagnie Nationale des Conseils en PI, de financer le dépôt du premier brevet d'une PME va dans le bon sens¹⁰. Elle permet de démystifier pour la PME ce qui lui apparaît un peu comme une démarche initiatique, aux recoins administratifs difficiles d'accès. Mais le plus excitant est cette proposition d'une assurance permettant de couvrir les frais de défense et de recours des déposants en situation de devoir défendre leurs droits. L'ouverture prochaine d'un portail dédié qui pourrait à la fois couvrir le conseil, l'assistance, les échanges d'expériences et surtout un début de commercialisation des « patentes » nous ravit ! Restera à ne pas voir les institutionnels dominer le portail. Nos entreprises ont besoin d'un instrument qui favorise la valorisation et la commercialisation internationale de leur matière grise pas d'une administration de plus !

Denis Ettighoffer
www.ettighoffer.com

Denis Ettighoffer président d'Eurotechnopolis Institut sort dans quelques semaines son ouvrage sur les enjeux de l'économie immatérielle et les futures batailles des nations savantes,

¹⁰ *Les Echos*, 20 décembre 2006