

Le brevet, moteur de l'innovation

Réponse à la consultation de la Commission, émanant d'un groupe de 30 start-up et PME innovantes ayant recours aux brevets de logiciel.

1. LA « NOUVELLE ÉCONOMIE » N'EST PAS UNE ÉCONOMIE DE L'IRRÉEL	2
2. UN BESOIN DE LISIBILITÉ ET DE STABILITÉ DU DROIT	2
3. LA PRESSION DES MILITANTS DU LOGICIEL LIBRE	3
4. CHAMP DE L'HARMONISATION	3
5. IMPACT DE L'HARMONISATION	4
5.1. IMPACT SUR LES « FONDEMENTS DE LA CONNAISSANCE »	4
5.2. IMPACT SUR L'ACCÈS DES PME AUX LOGICIELS	5
5.2.1. LE LOGICIEL LIBRE : LES GÉNÉRIQUES DE L'INFORMATIQUE	5
5.2.2. LE PROBLÈME DES MODÈLES ÉCONOMIQUES	6
5.3. IMPACTS SUR LA CRÉATION DE LOGICIELS LIBRES	6
5.4. IMPACTS SUR LA POSITION DE L'INDUSTRIE EUROPÉENNE DU LOGICIEL	7
5.5. LE MODÈLE LIBRE INADAPTÉ AUX LOGICIELS INNOVANTS A FAIBLE DIFFUSION.	7
5.6. IMPACT SUR L'ÉVOLUTION DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION	8
6. COMMENTAIRES DIVERS	8
6.1. COMPLÉMENTARITÉ BREVETS ET DROITS D'AUTEUR	8
6.2. AMÉNAGEMENTS ENVISAGEABLES	8
7. CONCLUSION	9

1. La « nouvelle économie » n'est pas une économie de l'irréel

Alors que la clarification annoncée lors de la CIG de juin 1999 allait dans le sens de l'histoire, prolongeant logiquement la jurisprudence et la pratique qui s'est développée pendant plus de 10 ans, les dernières semaines donnent une impression délétère d'indécision des pouvoirs publics.

Sous la pression d'apprentis sorciers prônant - non sans habileté didactique - un modèle économique qualifié complaisamment par eux de « libre », l'Europe s'apprête à pénaliser durablement une dynamique de création et de croissance d'entreprises innovantes dans le domaine des NTIC. Ces entreprises ont besoin, comme toute entreprise industrielle, des droits de Propriété Industrielle pour organiser leur retour sur investissement. Leurs cycles de développement n'est pas fondamentalement différent de celui d'entreprises agissant dans des domaines techniques plus anciens, et leurs contraintes économiques sont les mêmes. Quoi que prétendent quelques théoriciens n'ayant jamais été confrontés à la réalité de l'entreprise, l'Internet n'est pas un pays « où le lait et le miel coulent à flot, gratuitement ».

2. Un besoin de lisibilité et de stabilité du droit

Les milieux industriels et en particulier les PME et les start-up ont besoin d'un droit des brevets « lisible » et stable. Ils ne sauraient accepter un changement des règles de jeux en cours de partie, consistant à exclure les innovations informatiques du champ de la brevetabilité, ni, dans des marchés qui se mondialisent, une distorsion délibérée entre les règles applicables dans une partie du monde – l'EUROPE – et le reste du monde, représentant pourtant plus de la moitié du marché des logiciels.

A cet égard, les errements de l'Office Européen des Brevets adressant un premier signal clair en octobre 2000, en proposant de supprimer les alinéas 2 et 3 de l'article 52 CBE, puis, de façon surprenante, en renonçant, lors de la Conférence Diplomatique, à confirmer cette proposition, créent une situation délétère.

Dans une économie où l'immatériel prend une place majeure, les droits de propriété industrielle confèrent une réalité aux actifs des entreprises. En proposant de supprimer ces droits, on affaiblit les entreprises émergentes, et on renforce la domination des entreprises déjà établies.

Les travaux engagés par l'OEB et la CE pour rendre le droit des brevets plus lisible, dans le prolongement naturel de la pratique, ne doivent donc pas être remis en cause par des pressions déstabilisatrices des militants du logiciel libre.

3. La pression des militants du logiciel libre

Les militants du logiciels libres ne représentent pas les milieux industriels, créateurs d'emplois et de richesse durables en Europe. Actionnés par des théoriciens du « logiciel libre » n'ayant aucune expérience du monde de l'entreprise ou de l'innovation, et ils développent une construction intellectuellement séduisante, mais déconnectée de la réalité industrielle.

Ils sont issus de :

- la recherche publique et des milieux universitaires : L'implication de chercheurs et d'universitaires dans le développement de logiciels « commerciaux » constitue une dérive que l'on peut tolérer, mais qui ne doit pas conduire à un modèle économique dominant.
- la distribution de logiciels libres : L'implication de distributeurs de logiciels dont l'acquisition des droits est gratuite est compréhensible : tout commerçant rêve de revendre des produits dont le prix de revient est nul
- des consommateurs (utilisateurs de logiciels): Leur implication n'a rien d'étonnant. Un consommateur ne peut qu'approuver un modèle aboutissant à des produits gratuits, à condition de négliger la globalité du modèle économique.

Le nombre de signataires de la pétition EUROLINUX ne constitue donc pas un indicateur de pertinence de l'argumentation.

Il ne doit pas entraîner la Commission dans une aventure qui affecterait pour longtemps le dynamisme de l'industrie du logiciel en EUROPE.

4. Champ de l'harmonisation

La première question abordée par la Commission concerne le champ d'application de l'harmonisation.

L'objectif impérieux est de supprimer les causes d'une lecture divergente de la loi, par :

- Les praticiens, qui ont développé une exégèse du terme « en tant que tel » qui a permis une application pragmatique de la Convention de Munich et des droits nationaux à l'évolution des technologies
- Certains théoriciens qui pratiquent une lecture réductrice de l'article 52 et en déduisent que les 13000 brevets européens concernant des logiciels constituent

chacun des dénis de droit commis par des fonctionnaires irresponsables d'une organisation factieuse.

A ce titre, l'approche harmonisée doit mettre clairement que programme d'ordinateur répondant aux critères généraux de brevetabilité (nouveau, activité inventive, application industrielle, et suffisance de description) appartient à un domaine technique brevetable. Il convient de rappeler que contrairement à ce qui est parfois exposé, un brevet ne protège pas un résultat, mais seulement un moyen technique nouveau, inventif et suffisamment décrit, permettant d'atteindre ce résultat.

La clarification attendue ne constitue pas une approche « libérale » ou laxiste. Elle permet simplement de tenir compte de l'évolution des sources d'innovation.

On assiste actuellement à une forte créativité dans des secteurs tels que l'Internet. Les start-up, qui connaissent souvent des succès rapides sur les marchés étrangers, innove dans des domaines tels que des architectures informatiques, ou des procédures informatiques, et doivent pouvoir recourir au brevet, si elles le souhaitent, pour protéger leurs efforts d'innovation.

Cette harmonisation devra être suffisamment souple pour ne pas provoquer de nouvelles incompréhensions lorsque les sources d'innovation évolueront. On assiste aujourd'hui à une augmentation de l'innovation en matière de modèles économiques, qui sont incontestablement nouveaux et inventifs, et exploitables industriellement sous des formes informatiques :

- Architecture et procédé de paiement numérique
- Algorithmes de chiffrement
- Architecture de commerce en ligne
- etc.

L'harmonisation doit tenir compte des forces d'innovation pour ne pas cantonner l'industrie européenne dans des domaines techniques traditionnels et pour permettre à des entrepreneurs dynamiques d'aborder le marché avec une ambition mondiale.

5. Impact de l'harmonisation

5.1. Impact sur les « fondements de la connaissance »

Les brevets n'ont jamais produit d'impacts négatifs sur les « fondements de la connaissance » ni sur la diffusion de la connaissance. Les brevets sur les microphones n'ont jamais bridé la liberté de parole, pas plus que les brevets portant sur les stylos ou les machines à écrire n'ont bridé la liberté d'expression. Lorsque les militants du

logiciels libres prétendent que les brevets brideraient la communication sur Internet, ils se livrent à de la désinformation.

Les brevets ont pour finalité de réguler les activités commerciales, et non pas les activités de recherche fondamentale ou de diffusion des connaissances.

Cet argument est donc de totale mauvaise foi.

5.2. Impact sur l'accès des PME aux logiciels

5.2.1. Le logiciel libre : les génériques de l'informatique

Les logiciels libres peuvent et doivent coexister avec les logiciels brevetés, comme les médicaments génériques coexistent avec des molécules brevetées dans le domaine de la santé.

Le modèle du logiciel « libre » ou « générique » ne doit pas asphyxier le modèle traditionnel du recours au brevet, comme l'usage du brevet ne doit pas empêcher le choix marketing du « libre » pour des produits informatiques de grande diffusion.

Signalons en premier lieu que les logiciels libres ne concernent pas des applications particulièrement innovantes : il s'agit généralement d'applications telles que :

- système d'exploitation (Linux) reprenant pour l'essentiel les fonctionnalités et techniques d'un système datant des années 1970 (UNIX)
- traitement de texte (webstar), me-too de logiciels de traitement de texte aujourd'hui banalisés et ne présentant plus en 2000 de caractéristiques innovantes
- gestionnaires de bases de données (MySQL), offrant les fonctionnalités de la plupart des SGDBr dont certains datent des années 80
- Serveurs, sosies de logiciels relativement anciens.
- etc

Ces applications sont concurrentes de solutions commerciales relativement anciennes, et constituent en quelque sorte des «génériques » du logiciel. L'autre caractéristique des applications disponibles sous la forme de logiciels libres est l'existence d'un marché importante, permettant une grande diffusion, et donc des sources de revenus dérivés (prestations annexes de « packaging », ou d'assistance, ou d'intégration OEM).

Les logiciels libres ont leur place dans le marché des logiciels, comme les médicaments génériques ont leur place dans le marché du médicament. Ils ne doivent ni l'un ni l'autre chercher à phagocyter le marché des produits plus innovants, pour

lesquels les entreprises innovantes doivent encore organiser le retour sur investissement.

L'intérêt légitime des utilisateurs de logiciels (PME, particuliers, organisations publiques) à acquérir des produits de moindre coût ne peut se faire au détriment du droit des entrepreneurs de maîtriser leur « retour sur investissement ». Sinon, pourquoi ne pas supprimer le droit des marques, afin que les PME puisse s'équiper plus facilement de stylos MONT BLANC ?

L'aide à l'équipement informatique des PME doit faire l'objet de mesures spécifiques, par un soutien volontaire des pouvoirs publics, et non pas par un affaiblissement opportuniste des entrepreneurs innovants.

5.2.2. Le problème des modèles économiques

Le débat sur la brevetabilité des « modèles économiques » n'a pas beaucoup de sens. Soit le « modèle économique » constitue un résultat, et il doit être écarté de la brevetabilité, de façon classique. Un résultat n'est pas une invention, et n'est donc pas brevetable.

Les critères de nouveauté, d'activité inventive et de suffisance de description permettent d'ores et déjà d'écarter des revendications portant sur des caractéristiques relatives à des résultats ou à des modèles économiques.

5.3. Impacts sur la création de logiciels libres

Les développeurs de logiciels libres ne sont aucunement tenus de déposer des brevets, pas plus que de nombreux industriels qui renoncent à protéger leurs produits ou procédés par des brevets.

Par ailleurs, le titulaire d'un brevet peut parfaitement accepter que le logiciel breveté soit exploité selon une licence de type GPL : GNU. Il n'y a donc pas d'opposition entre les deux modèles économiques. Ils se complètent comme le modèle du médicament générique trouve sa place naturelle dans le système de la santé.

Par contre, les développeurs de logiciels libres ne sont pas « immunisés » contre des brevets antérieurs. Le choix de ne pas protéger leurs éventuelles innovations n'entraîne pas ipso facto le droit de « piétiner » les droits de propriété industrielle détenus par des tiers.

Le logiciel générique dit libre est avant tout un logiciel commercial, diffusé sur le marché concurrentiel. A partir du moment où un produit aborde le marché concurrentiel, il est normal qu'il respecte les droits applicable sur ce marché.

5.4. Impacts sur la position de l'industrie européenne du logiciel

La suppression de la brevetabilité des logiciels aurait un grave impact négatif. Il priverait la plupart des start-up innovantes de l'accès aux capitaux. Les investisseurs prennent en compte les « barrières à l'entrée » permettant aux entreprises dans lesquels il investissent. Les brevets permettent de maîtriser le « retour sur investissement », condition nécessaire pour attirer des investisseurs.

Supprimer la possibilité d'obtenir un brevet européen pour des innovations logicielles aboutirait à un assèchement des investissements dans les start-up par les capitaux risqués, et un report de ces capitaux vers des entreprises américaines.

Cela entraînerait également une déstabilisation des entreprises innovantes qui avaient fait confiance aux institutions européennes, notamment à l'OEB, au vu de l'évolution de la jurisprudence et de la pratique des divisions d'examen et de recours.

Les PME ont également besoin de brevets pour résister à la prédominance de concurrents ou partenaires plus puissants économiquement.

Il est faux de prétendre que les brevets constituent un frein à l'innovation. Les litiges dans le secteur de l'informatique sont relativement rares, les différents étant généralement réglés par des accords de partenariat. Aux Etats-Unis, les brevets n'ont pas empêché le développement d'un grand nombre de start-up innovantes et dynamiques, bien au contraire. Et il est à noter que dans une majorité de litiges portant sur la contrefaçon de brevets de logiciels, le contrefacteur était une société de taille supérieure au breveté.

Il est aussi faux de prétendre que l'absence de brevets explique le développement fulgurant de l'Internet : il suffit de consulter les bases de brevets pour constater le nombre de brevets concernant tous les aspects techniques des architectures et protocoles Internet...

L'option de suppression de la brevetabilité des logiciels aboutirait de faire de l'Europe une « réserve d'indien » où les éditeurs de logiciels se développeraient de façon désordonnée, et où les industriels innovants ne pourraient structurer leur marché. Ces derniers seraient par ailleurs en position de faiblesse par rapport à leurs concurrents étrangers habitués à la contrainte régulatrice des brevets.

5.5. Le modèle libre inadapté aux logiciels innovants a faible diffusion.

Pour des logiciels destinés au grand public, le modèle économique de dumping, appelé « libre » est envisageable, car d'une part les efforts de R&D sont déjà amortis, et d'autre part les sources de revenus connexes sont envisageables : assistance technique, conseil, prestations de personnalisation,...

Pour des logiciels plus « pointus » destinés à des applications très spécifiques, ce modèle est inenvisageable. Des programmes d'ordinateurs destinés à moins de dix

installations ne peuvent en aucun cas trouver un retour sur installation s'il est librement duplicable.

C'est la raison pour laquelle il est indispensable de préserver la liberté des entreprises d'opter pour une grande diffusion « gratuite », avec code source accessible, ou au contraire d'organiser l'exploitation par des contrats spécifiques s'appuyant sur des droits de brevets.

5.6. Impact sur l'évolution de la société de l'information

L'harmonisation ne peut avoir un impact négatif sur l'évolution de la société de l'information, pas plus que les brevets sur les machines à imprimer ou les rotatives n'ont eu d'impact négatif sur la presse, ou les brevets sur les transistors et les composants électroniques sur le développement de la télévision.

Au contraire, le développement d'entreprises dynamiques et innovantes ne peut que profiter à la société de l'information par la création d'emplois directs et indirects et par le renforcement d'une offre européenne de logiciels et d'outils destinés à la société de l'information.

6. Commentaires divers

6.1. Complémentarité brevets et droits d'auteur

Cette complémentarité n'est pas spécifique aux logiciels. Pour de nombreux produits, des caractéristiques fonctionnelles sont protégeables par des brevets, alors que la forme est protégée par le droit d'auteur.

Il n'y a pas lieu d'écarter l'un de ces droits au profit de l'autre.

Précisons par ailleurs que le brevet présente une transparence supérieure au droit d'auteur :

- alors que le brevet est systématiquement publié, le droit d'auteur peut rester inconnu
- alors que la portée du brevet est précisément définie par ses revendications, la portée du droit d'auteur est imprécise
- alors que les critères de validité du brevet sont clairement défini, en matière de droit d'auteur, le critère d'originalité donne lieu à des interprétations fluctuantes.

6.2. Aménagements envisageables

Pour éviter que le brevet ne produise des effets pervers, on peut engager une réflexion sur quelques aménagements, non spécifiques au domaine des logiciels :

- Introduction de la licence obligatoire lorsque un brevet interfère avec une norme
- Possibilité pour un juge de sanctionner la contrefaçon non pas par une interdiction de poursuivre l'exploitation mais par une licence obligatoire (notamment dans les cas où le contrefacteur est lui-même titulaire d'un brevet déposé avant la publication du brevet qui lui est opposé.
- Renforcement de la qualité de la recherche d'antériorité, et adaptation de l'examen du critère d'activité inventive et du critère de suffisance de description
- Adaptation des formes de description des logiciels, par exemple par le recours à des méthodes de représentation reconnues dans l'édition de logiciels SGML (Standard Generalized Markup Language; norme ISO 8879).

7. Conclusion

La pression exercée par les militants du logiciel libre ne doit pas faire perdre le sens des réalités aux pouvoirs publics. Il est peut-être séduisant d'élaborer des théories économiques originales, lors de discussions de «salons », entre intellectuels brillants mais bien éloignés des réalités quotidiennes de l'entrepreneur ou du créateur d'entreprise.

Mais force est de constater le recours constant des entreprises de toutes tailles au système des brevets et leur attachement à cet outil de régulation économique, ainsi que l'absence de réel inconvénient de ce système qui a fait ses preuves depuis deux siècles.

La clarification de l'intention des pouvoirs publics est aujourd'hui indispensable, afin de compenser le trouble engendré par les errements concernant la modification de la CBE.

Il est nécessaire que la CE et l'OEB prennent une position lisible, ne se limitant pas à reporter la difficulté d'interprétation de la notion « en tant que tel » sur une nouvelle notion du type « caractère technique », tout aussi ambigu, ou en écartant expressément les inventions se rapportant à des modèles économiques.

Le droit des brevets comporte des critères de validité clairs et suffisants : nouveauté, activité inventive, suffisance de description, forgés par deux siècles de jurisprudence. Il serait désastreux d'écartier le secteur industrielle le plus innovant de ce droit.

Les entreprises – PME et start-up – à l'origine de la présente réponse souhaitent être entendues par la Commission et s'étonnent que seuls des militants activistes du logiciel libre aient été auditionnés.

