

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

Nous sommes mal partis pour construire une économie performante des connaissances. Les barrières sont d'abord culturelles avant d'être juridiques, même si le droit français ne constitue pas un atout. Les entreprises, grandes et petites, doivent se mobiliser, avec le soutien des pouvoirs publics dans cette grande bataille de l'intelligence et de la connaissance.

L'explosion trompeuse de la demande de brevets

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.

Préserver les « vraies inventions »

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.

La culture américaine du brevet

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 faible résistance européenne

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

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.

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 General Motors; « *Ce qui est bon pour GM est bon pour l'Amérique !* ». La défaite des européens face aux lobbies anglo-saxons risque de nous coûter la perte des 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.

Les lacunes du droit français

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 normal⁴. 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.

Les insuffisances du droit de la défense

Dans les Echos⁵ nous apprenions que la cour de cassation a refusé, 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 ensuite que si le litige avait été porté devant une cour d'un autre pays, comme la Hollande, la demande aurait prospéré positivement.* Enfin, notons 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, avocat du plaignant. Pour nous le vrai problème est le suivant : la France, pays d'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 !* C'est sans doute aussi une raison pour laquelle on dépose de moins en moins en France.

Un risque croissant de délocalisation pour la PI

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.

Un exemple : la saga Gemplus

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

⁴ Voir le livre « *Evaluation des droits de propriétés* » de Pierre Breese et d'Alain Kaiser, Gualino Editeur 2004

⁵ Les Echos, 18 décembre 2006

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.

Le cas de figure de Business Objects

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 Europe

Pour changer ? Les premières propositions du rapport Jouyet-Lévy

Au lieu de prévoir de soulager globalement l'impôt sur les sociétés comme cela a été suggéré dans le rapport sur l'économie immatérielle⁶, les pouvoirs publics devraient s'intéresser à défiscaliser 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 qui, sous réserve de recherche et d'expertises approfondies, seraient pris en charge par l'INPI.*

Nous devons envisager, comme en Suède, la création d'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.

L'enjeu de l'innovation dans les PME

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. 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 sens⁷. 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

15 mars 2007

Source

www.ettighoffer.com

Président d'Eurotechnopolis Institut sort dans quelques semaines son ouvrage sur les enjeux de l'économie immatérielle et les futures batailles des nations savantes.

Les sous-titres sont ceux de l'éditeur


DeVenir

Cet article est issu du site www.devenir.fr. Aucune reproduction n'est autorisée sous quelque forme que ce soit (photocopie, scan, copie numérique etc.). Seule est autorisée une copie unique destinée à un usage strictement personnel. Toute utilisation (insertion presse ou revue de presse, ouvrage ou support numérique etc.) est soumise à l'accord préalable de l'éditeur. Pour toute information : contact@devenir.fr

www.devenir.fr

⁶ Maurice Levy et Jean-Pierre Jouyet, Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel

⁷ Les Echos, 20 décembre 2006