

Propriété intellectuelle et *Open Innovation* : les frères ennemis ?

Propriété intellectuelle et *Open Innovation* : les frères ennemis ? La question ne pouvait mieux trouver sa place qu'au sein de cette journée dédiée aux usages contemporains de la propriété intellectuelle (*on verra que l'Open Innovation est néanmoins plus qu'un simple usage*) et plus spécialement sur le thème de la confrontation entre la propriété intellectuelle et les pratiques qui en émergent.

L'innovation caractérise tout produit nouveau ou toutes nouvelles manières de faire quelque chose, l'encyclopédie Wikipédia la définit ainsi comme « *un changement dans le processus de pensée visant à exécuter une action nouvelle. Elle se distingue d'une invention ou d'une découverte dans la mesure où elle s'inscrit dans une perspective applicative* ». Nos réflexions porteront sur l'innovation, dans ses rapports avec la propriété intellectuelle et plus particulièrement dans son courant relativement récent que l'on appelle l'*Open Innovation*. Il y a quelques siècles et à la seule fin de stimuler cette dernière, le roi puis le législateur révolutionnaire ont posé les fondements d'une propriété intellectuelle envisagée séparément dans sa branche littéraire et artistique et dans sa branche industrielle (1). Il s'agit de monopoles temporaires construits sur le modèle de la propriété matérielle de l'article 544 du Code civil. Opposables à tous, ils forment un système entre divers acteurs dont l'équilibre est assuré par la loi qui en définit les limites et conditions – exercice d'autant plus complexe que de tels monopoles contreviennent directement au principe selon lequel les idées, inappropriables, sont dites « de libre parcours ». Leur légitimité repose ainsi nécessairement sur une logique gagnant-gagnant par laquelle la collectivité bénéficie d'une diffusion universelle des connaissances et des inventions, tandis que les créateurs et inventeurs (2) se voient octroyer des droits exclusifs (*la réservation de certaines prérogatives au bénéfice d'un seul*) dont ils peuvent jouir à leur guise (*sauf certaines obligations d'exploitation à la charge de celui qui détient ce droit*). Créé dans un contexte particulier, le système de propriété intellectuelle mis en place a ensuite évolué en accueillant de

Par Benjamin
JEAN

Docteur
au Cuerpi
Consultant
Inno² SAS

nouveaux droits (*droits voisins, droit d'auteur spécifique au logiciel, droit sui generis des bases de données, droits sur les topographies de semi-conducteurs, etc.*) et modifiant ceux existants (*tant dans leurs étendues que dans leurs prérogatives*). Le système ne se justifiant plus que pour lui-même (*et l'économie qu'il génère*), son accroissement semble ne plus connaître de limites,

le rendant complètement décorrélé d'une innovation qui a elle-même évolué vers d'autres formes.

En parallèle et devant le constat unanime d'une dispersion du savoir et des connaissances, deux mouvements contemporains remettent progressivement en question le système de la propriété intellectuelle au travers de l'idée d'un savoir et d'une innovation « ouverts » : l'*Open Knowledge* et l'*Open Innovation*. L'*Open Knowledge* (3), qui repose sur la production et la distribution ouverte des connaissances (*informations, données ou toute création contenant ces données*), ne sera pas directement abordé dans cette étude concentrée sur l'innovation. L'*Open Innovation* (*ou encore innovation ouverte, partagée, collective, distribuée, cumulative ou réactive*) bouleverse la conception traditionnelle de l'innovation en consacrant l'idée d'une innovation sociale, voire sociétale, où il n'est plus question d'être le premier à créer ou à inventer, mais d'inventer ou de créer mieux avec et grâce aux autres : chacun perfectionnant sa capacité à bénéficier de la créativité, de l'intelligence et des contributions externes. Collaborative et participative, cette notion concerne autant l'innovation que la création et est utilisée par un nombre croissant d'entreprises souhaitant aborder le marché par un angle nouveau (4). Théorisée par Henry Chesbrough (5) en 2003, elle est présentée comme une évolution des pratiques d'innovation plus ancienne (6) et connaît une adoption croissante à l'ère du numérique et d'internet où les sociétés cherchent à étendre la collaboration au-delà de leurs frontières internes (*notamment dans sa branche crowdsourcing où les utilisateurs et clients prennent une part importante à la construction et commercialisation d'un produit*). La notion ne se limite pas seulement aux aspects juridiques et induit une réflexion globale des entreprises quant

(1) En France, l'Assemblée révolutionnaire formalisa, par la loi du 7 janvier 1791, les brevets destinés à protéger et inciter à l'innovation dans le secteur industriel. L'Assemblée institue donc que « *toute idée nouvelle, dont la manifestation ou le développement peut devenir utile à la société, appartient primitivement à celui qui l'a conçue, et que ce serait attaquer les droits de l'Homme dans leur essence que de ne pas regarder une découverte comme la propriété de son auteur* ». L'élément légitimant la reconnaissance de ce monopole est la divulgation de l'invention au public (monopole économique à l'inventeur contre connaissance à la société). (2) À noter qu'en France, et de manière plus générale en Europe, le secteur public bénéficie tout autant que le secteur privé de ces dispositions, à l'instar de tout acteur du marché – avec néanmoins quelques aménagements au bénéfice des employeurs d'agents publics depuis la loi « DADVSI ». (3) Elle s'appuie notamment sur les travaux de l'*Open Knowledge Foundation* (dédiée à la promotion de la connaissance ouverte dans toutes ses formes) qui a rédigé l'*Open Definition*. (4) Ainsi, il n'y a aucune négation des droits de propriété intellectuelle et le rapport avec l'*open source* n'est pas automatique : l'*Open Innovation* repose en effet sur la mise en place d'un modèle économique (*business model*) – ce dernier étant l'élément qui permet de capturer la valeur de la collaboration. (5) Chesbrough H. W., *Open innovation : the new imperative for creating and profiting from technology*, Harvard Business School Press, cop. 2003. « *Open innovation means that companies should make much greater use of external ideas and technologies in their own business, while letting their unused ideas be used by other companies* » ; *Open Business models : how to thrive in the new innovation landscape*, Harvard Business School Press, 2006. (6) H. Chesbrough analyse ainsi le modèle économique mis en place par Xerox dans les années 80 et 90, montrant par quels mécanismes les sociétés avaient associé à un modèle traditionnel qui évitait le risque de faux positifs (et donc d'échec) à un modèle qui évitait les faux négatifs (et donc les opportunités d'exploitations).

à leur stratégie de développement, leur recherche de partenaires et distributeurs, leurs relations tant avec les clients qu'avec les salariés, le marketing, etc.

L'époque actuelle se caractérise par une tendance forte à l'adoption d'une telle innovation, de façon volontaire par les entreprises qui savent qu'elles ne peuvent plus innover (*tout en restant compétitives*) seules ou de façon contrainte pour répondre à la demande de leurs clients ou partenaires qui souhaitent que la concurrence ne soit plus exclusive de la coopération (*et sont ainsi demandeuses d'une certaine interopérabilité ou « coopération (7) »*). Les bénéfices d'une telle collaboration sont multiples (*pour n'en citer que quatre : rapidité, coût, agilité et flexibilité*) et les entreprises perçoivent immédiatement les avantages concrets : bénéficier des meilleurs spécialistes, être plus proches de leurs clients et partenaires, valoriser des technologies jusque lors inexploitées, s'ouvrir à de nouveaux marchés et aux innovations, etc. C'est ainsi sans surprise que de nombreuses sociétés ont déjà fait la promotion de ce type d'innovation (*telles Philips (8), Microsoft (9), très rapidement rejointes par les instances nationales (10) et internationales (notamment l'OMPI (11) et l'Union européenne (12)*). Si elle s'est principalement développée dans les domaines technologiques, elle s'est ensuite propagée dans de nombreux autres domaines tels la médecine (*BiOS initiative*), la grande consommation (*Procter & Gamble (13)*), le jeu (*tel Lego Mindstorms*), la santé, la défense, le transport ou encore l'automobile (*BMW Customer Innovation Lab*).

Devant ce nouveau visage revêtu par l'innovation, il est nécessaire de repenser ses rapports avec la propriété intellectuelle et ne plus considérer l'innovation à l'aune de la seule propriété intellectuelle qu'elle génère (14). S'inspirant des travaux de Karl-Erik Sveiby alertant que « *si nous mesurons le nouveau avec les outils de l'ancien, nous ne serons pas en mesure de percevoir le nouveau (15)* », l'étude d'un tel sujet induit de prendre une grande liberté quant aux principes et aux postulats afin de porter un regard neuf sur l'innovation. Ces premières réflexions sont destinées à formaliser quelques réflexions éparses, notamment quant à la question de savoir si un système conçu pour une société particulière peut s'adapter à une société différente (16) – compréhension essentielle pour que l'utilisation des outils juridiques accompagne les usages et ne soient pas, au contraire, détournés pour paralyser une innovation sous sa forme la plus contemporaine (17).

Ainsi nous verrons que nous sommes dans une situation conflictuelle liée à l'inexorable rapprochement des deux notions de l'innovation intrinsèquement différentes (I) qui ne

peut qu'aboutir à une organisation différente de la propriété intellectuelle (II)

I. – L'INEXORABLE CONFLIT ENTRE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET OPEN INNOVATION

Nous partons du postulat, qui pourrait être critiqué, que la propriété intellectuelle correspondait initialement à une certaine innovation. En l'absence d'un autre corpus juridique qui serait dédié à la nouvelle facette de l'innovation que constitue l'*Open Innovation*, il convient de vérifier si la propriété intellectuelle est bien applicable et, dans l'affirmative, si elle lui correspond. Réalisant cet exercice, nous verrons que les notions de propriété intellectuelle et d'*Open Innovation* se rapprochent inexorablement (A), sans malheureusement que la première soit réellement adaptée à la seconde (B).

A. – Le rapprochement des différentes notions

Au surplus du rapprochement contraint lié à l'essence incontournable de la propriété intellectuelle (1°/), les notions présentant un certain nombre de points communs les réunissant (2°/).

1°/ Le caractère incontournable de la propriété intellectuelle

L'une des principales raisons du succès de la propriété intellectuelle réside sans doute dans son caractère « contaminant » (*dans le sens où il s'applique sans que cela soit nécessairement souhaité ou contrôlé*) : une fois partiellement adopté, le système s'étend à tous les acteurs du même marché, qu'il s'agisse de sa branche artistique et littéraire (a) ou de sa branche industrielle (b).

a) L'application automatique de la propriété littéraire et artistique

Très protectrices à l'égard des auteurs, les règles relatives à la propriété intellectuelle sont relativement contraintes. Ainsi, tout ce qui touche à la création relève naturellement de la propriété littéraire et artistique : dès l'instant où une œuvre est exprimée, et au fur et à mesure de sa création, l'auteur bénéficie de droits sur cette dernière. Ce mécanisme est d'autant plus fort que, dans un certain nombre de pays, dont la France, il est impossible de renoncer unilatéralement à la jouissance de ses droits : seule la loi pouvant reprendre ce qu'elle a donné... Ainsi, ce caractère automatique et obligatoire de la jouissance de certains droits, ajouté à l'existence d'un formalisme contraignant selon lequel tout ce qui n'est pas expressément cédé est réservé, empêche toute volonté délibérée d'ignorer ces droits.

(7) Néologisme tiré de l'association des termes de coopération et de compétition, fondé sur l'idée que des sociétés concurrentes peuvent utilement décider de coopérer entre elles : c'est notamment le comportement d'un certain nombre de constructeurs très impliqués dans le développement du système d'exploitation libre GNU/Linux, mais on le retrouve aussi dans d'autres aspects plus proches du consommateur final comme la définition de connectiques communes utilisées sur les appareils mobiles. (8) Le site internet de Philips est très révélateur à cet égard : « [t]his [innovation research] is often best carried out through partnerships. The days of innovating in isolation are over. No one company can be expected to know all the answers. That's why we regularly work together with a wide network of institutes, companies, universities and hospitals to jointly develop meaningful new breakthroughs ». (9) Qui a lancé en 2003 une nouvelle politique de propriété intellectuelle favorisant la coopération. Voir aussi Phelps, Marshall et Kleine, *Burning the Ships : Intellectual Property and the Transformation of Microsoft*. Hoboken, NJ : John Wiley and Sons, Inc., 2009. (10) JOAN 20 mars 2007, Réponse du ministre délégué à l'Industrie. Le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie partage l'idée de soutenir l'innovation ouverte dite « *Open Innovation* ». Désormais, les entreprises sont confrontées à une compétition globale où la notion d'espace s'efface, le temps s'accélère et les connaissances se complexifient. Aujourd'hui, les innovations sont pluridisciplinaires et, pour élaborer des stratégies gagnantes, accroître sa compétitivité et réduire ses vulnérabilités, il faut mettre en œuvre une maîtrise collective de l'information s'appuyant sur l'intelligence économique. (11) *Wipo, Open Innovation and Intellectual Property*, Pooley J., *DDG for Innovation and Technology*, BILAT-USA Symposium Vienna, March 22, 2011. (12) Communauté européenne, Conclusions du Conseil sur la définition d'une « Vision 2020 pour l'espace européen de la recherche », Annexe : Vision 2020 pour l'espace européen de la recherche, 2009/C 25/01. « *Les entreprises sont incitées à innover et à investir en Europe, en particulier dans le domaine de la recherche et développement. Les entreprises actives au sein de l'EER bénéficient des avantages d'un marché unique de biens et de services innovants et d'excellentes perspectives à l'exportation vers les marchés mondiaux en expansion. Elles exploitent complètement les possibilités de l'innovation ouverte ("Open Innovation") au travers d'un marché unique de la connaissance, y compris grâce à un cadre en matière de droits de la propriété intellectuelle.* » (13) Ainsi du projet P&G Connect + Develop. Ainsi, 50 % des produits issus de P&D sont le fruit d'une collaboration avec des innovateurs externes. (14) Sptizer D.R., Ph.D., *Transforming performance measurement : rethinking the way we measure and drive organization success.* (15) « *If we measure the new with the tools of the old, we will not "see" the new.* » Sveiby K. E., *Measuring intangibles and intellectual capital – an emerging first standard*, 1998, <www.sveiby.com.au/EmergingStandard.html>. (16) Lee N., Nystén-Haarala S., Huhtilainen L., *Interfacing Intellectual property rights and Open Innovation*.

Par conséquent, la persistance des droits, même s'ils ne sont pas exploités, pourrait freiner les tiers qui y verraient, à raison, la source d'une insécurité juridique. Ainsi, toute volonté de ne pas exclure quiconque de la jouissance de ses droits passe nécessairement par l'association d'une licence très permissive à l'objet des droits (18), voire d'une licence comportant quelques conditions (*libre copyleft voire une licence hybride*) lorsque celles-ci sont souhaitées.

b) L'application nécessaire de la propriété industrielle

L'apparition de tout nouveau droit dans un marché concurrentiel, ou l'introduction d'un droit existant dans un nouveau marché, a un impact généralement en profondeur sur le marché en question. En effet, le droit d'interdire que confèrent les titres de propriété industrielle puise sa force obligatoire dans la loi et peut constituer une véritable « arme légale » susceptible de faire plier les plus gros industriels.

Ainsi, sans surprise – et parfois contre leur gré –, tous les acteurs industriels ont dû s'armer par l'acquisition de droits de propriété industrielle (*ne serait-ce que pour se défendre dans l'éventualité d'une action en contrefaçon*). Pour pallier la faiblesse de son portefeuille de titres, tout nouvel entrant dans un marché compétitif doit soit s'allier à une société puissante qui dispose d'une telle défense, soit partir à l'achat de portefeuille de brevets détenus par des tiers ou d'autres acteurs du secteur. Le meilleur exemple qui puisse être cité est celui de Google : alors que la firme s'était très longtemps refusée à déposer des brevets sur ses logiciels, le succès de son système d'exploitation mobile Android a engendré une multitude de procès l'obligeant à acheter très rapidement d'importants portefeuilles de brevets (19).

2°/ Les points communs aux deux notions

Parmi les points communs aux deux notions, citons les acteurs du système (a) ainsi que le rapprochement des deux innovations (*innovation ouverte et innovation telle qu'imaginée par le Code de la propriété intellectuelle*) au sein des nouvelles politiques de valorisation de l'actif immatériel (b).

a) Les acteurs du système

Quelles que soient leurs relations, les acteurs qui produisent et diffusent la création et l'innovation sont, majoritairement, issus de l'ancien système. Dans l'hypothèse où ils souhaitaient évoluer (*ce qui n'est pas automatique, l'ancien système leur étant souvent favorable*), les outils qu'ils utilisent et leur façon de penser l'innovation et la création conditionnent fortement leur capacité à se détacher du paradigme d'une propriété intellectuelle exclusive telle qu'elle a été enseignée, commentée et sur laquelle s'est construite une jurisprudence importante. Enfin, même lorsqu'ils sont talonnés par de nouveaux acteurs qui les incitent à revoir leur modèle économique, ils disposent

généralement d'un poids encore suffisant pour freiner, voire réorganiser le système de la propriété intellectuelle pour faire entrer l'innovation dans leur modèle économique. C'est ce que l'on a retrouvé lorsqu'il s'agissait d'ajouter un droit sur les mesures techniques de protection, de légiférer sur les œuvres orphelines, d'établir un contrat d'édition numérique, d'adapter le statut des créations de journalistes ou de créer une exception pédagogique. Cela est d'autant plus dommage qu'il est rare que l'industrie classique soit la plus avancée en termes d'innovation et, poussé à l'extrême, ce comportement génère de vrais gâchis et empêche de saisir les opportunités qui pourraient donner un rôle moteur à notre pays.

b) La valorisation de l'actif immatériel

Qu'elle soit simple ou complexe, la valorisation de l'actif immatériel sort aujourd'hui de l'usage habituellement « subi » de la propriété intellectuelle et doit nécessairement être traduite par la

rédaction d'une politique précise. En effet, l'*Open Innovation* complète, plus qu'elle ne remplace, les processus d'innovation traditionnelle, ce qui impose aux sociétés établissant de telles démarches d'acquiescer une vision beaucoup plus fine de leur innovation qu'elles n'en ont l'habitude. Opérant le glissement d'une stratégie de protection à une stratégie de gestion et de valorisation du patrimoine immatériel, l'adoption d'une politique d'innovation ouverte se caractérise par une colla-

laboration qui s'étend dès en amont de l'innovation jusqu'au développement ou la commercialisation de celle-ci (*sur le marché habituel de l'entreprise innovante, éventuellement sur un nouveau marché ou encore par d'autres sociétés*). Ce type d'innovation multipliant le recours aux contributions tierces, il est nécessaire de concevoir une politique en matière de propriété intellectuelle centrée autant sur la valorisation des actifs de la société que sur le respect des droits des tiers (*les droits moraux, impératifs, mais aussi les droits patrimoniaux éventuellement soumis à une licence non exclusive*). La complexité générée, réelle, mais surmontable, doit être mise en relation avec l'avantage que procure l'ouverture aux richesses externes afin de tirer les entiers bénéfices de créations et d'innovations auparavant (*et sans elles*) entièrement inaccessibles. Par ailleurs, pour répondre à la logique « *speed to market* » (*à distinguer des logiques traditionnelles de « first to invent » ou « first to patent »*) et au caractère l'implication de personnes externes, les juristes eux-mêmes doivent acquiescer une agilité qui leur permette de répondre aux attentes de l'industrie : notamment pour s'assurer, au fur et à mesure de l'avancée du projet, que l'usage des droits est bien conforme à la politique d'innovation souhaitée. On distingue deux types de comportement, qui se distinguent par leurs degrés d'ouverture et d'échanges qu'ils impliquent : une politique d'échange de droits de propriété intellectuelle et de savoir-faire (*l'objectif est alors d'accorder un maximum de licences sur ses droits afin de valoriser la diffusion de ses*

L'apparition de tout nouveau droit dans un marché concurrentiel, ou l'introduction d'un droit existant dans un nouveau marché, a un impact généralement en profondeur sur le marché en question.

(18) Il s'agirait de licences libres très permissives telles les licences BSD ou MIT pour le logiciel, Public Domain Dedication and License (PDDL) pour les bases de données et CC-0 ou CC-BY pour les autres créations. (19) C'est ainsi qu'elle a racheté des brevets à IBM et qu'elle a même acheté la société Motorola Mobility intégralement pour 12,5 milliards de dollars (cette dernière disposant de 25 000 brevets, principalement dans le secteur des mobiles et des réseaux de télécommunication).

innovations) ou une politique de cocréation de savoir-faire et de propriété intellectuelle. Sont ici concernés tant l'import d'idées et d'innovation, avec tous les droits de propriété intellectuelle concernés, que l'export d'idées ou d'innovations inexploitées, ou insuffisamment exploitées en interne : l'import de telles innovations fait gagner du temps et de l'argent, ce qui réduit le risque en cas de non-succès commercial, alors qu'à l'inverse, l'export permettra de générer du profit ou de nouvelles opportunités.

L'innovation est donc conçue de manière modulaire et favorise l'appel à de nouveaux intermédiaires (*en tant qu'outils ou partenaires* : tels *Innocentive*, *NineSigma*, *Big Idea Group* ou *InnovationXchange pour les plus connus*). En matière logicielle, l'usage de certaines solutions logicielles est ainsi souvent recommandé afin d'approfondir et d'automatiser l'audit de code (*tels les outils Black Duck et FOSSology*) (20).

B. – Différence conceptuelle qui induit une confrontation

Quels que soient les similitudes et les efforts menés pour les rapprocher, les deux concepts s'opposent, par le simple fait qu'ils correspondent à deux modèles d'innovation différents : l'innovation du XIX^e siècle n'a plus rien à voir avec celle du XXI^e siècle. C'est ce schisme, lié aux différences conceptuelles qui séparent la propriété intellectuelle, telle qu'imaginée il y a quelques siècles, et l'innovation ouverte d'aujourd'hui qui sera analysée. La propriété intellectuelle ayant été conçue pour une innovation particulière, il aurait été logique qu'elle suive l'évolution de cette dernière. Or il semblerait que le système ait développé sa propre autonomie de sorte qu'il chercherait plus à transformer l'innovation qu'à se transformer lui-même. Ainsi, parallèlement à la remise en question des paradigmes initiaux aux fils des ans (2°/), nous avons assisté à l'accroissement du déséquilibre au sein de la propriété intellectuelle (1°/).

1°/ Le déséquilibre croissant de la propriété intellectuelle

Depuis la création du système de propriété intellectuelle, une multitude de facteurs ont concouru à déséquilibrer progressivement le balancement initial des intérêts. Peuvent notamment être cités : l'édiction récurrente de nouveaux droits, l'extension de ceux existants, la capitalisation des titres et le développement d'usages abusifs des différents droits.

a) L'apparition de nouveaux droits ou l'extension des droits

Sensible aux pressions du marché, le législateur ne cesse de créer de nouveaux droits pour répondre aux industries qui le sollicitent. Ainsi, nous assistons à une véritable frénésie et inflation législative (21) : il y a plus de droits créés ces

20 dernières années que durant les deux siècles précédents, et autant de nouveaux droits créés ces cinq dernières années que dans les 20 ans précédents... La mondialisation et la mise en concurrence des instances internationales ne sont pas étrangères à ce phénomène.

Nous pourrions bien entendu y voir la « réactivité » louable d'une société en phase avec son époque, mais ce serait ignorer le déséquilibre croissant entre la prise en compte des intérêts du public (*désorganisé et sans moyens propres lui permettant de se faire entendre*) et les industries (*organisées et disposant de moyens importants*). Par ailleurs, il est regrettable de constater l'inconsistance des enquêtes ayant accompagné ces projets de loi (22), alors que de tels travaux préalables auraient permis que le couple « intermédiaire économique et consommateur », artificiellement présenté comme le modèle unique par l'industrie, fasse place à une prise en compte des usagers du droit d'auteur dans toute leur diversité ainsi que des réelles préoccupations des artistes (*qui concernent leur faible rémunération et leur difficulté à se faire payer leurs droits – plus que l'urgence de prolonger leurs droits après leur mort*). Ce comportement a eu pour effet de briser les équilibres légitimant originellement les différents droits (*avec, au final, un public « pirate » contre qui lutte une industrie instrumentalisant le droit d'auteur à son profit*). L'initiative *Public Knowledge*, groupe d'intérêt public qui œuvre à la défense des droits des citoyens à l'ère de la culture numérique émergente (*information, propriété intellectuelle et protocoles internet*), lutte notamment contre l'extension constante des droits en défendant le bénéfice d'exception telle celle du *fair use* (23). Néanmoins : « à tout vouloir protéger, on passe d'une logique de l'innovation à une logique de la rente » (24).

b) Une capitalisation des titres de propriété industrielle

L'exploitation des titres de propriété industrielle, détachée de toute industrialisation des inventions sur lesquelles portent ces titres, entraîne un certain nombre d'effets de bord qui causent des préjudices au système.

Cette utilisation entraîne une véritable course aux brevets qui génère une survalorisation des portefeuilles de titres (*leur valeur n'étant plus intrinsèque, mais stratégique*) alimentant une « bulle de l'immatériel » (25).

Parallèlement, les offices nationaux échouent de plus en plus à contrôler les dépôts et un nombre croissant de titres de mauvaise qualité sont délivrés, alors même qu'ils ne respectent manifestement pas les conditions posées par la loi (*objet exclu de la brevetabilité, absence de nouveauté, d'inventivité, d'application industrielle, description trop faible, etc.*) (26). Nombreuses sont les raisons données (27), mais sont souvent mises en avant la complexification de leur tâche ainsi que

(20) Voir à cet égard les solutions décrites dans le guide Open Source : Réflexions sur la construction et le pilotage d'un projet Open Source, partie 1.2.2. « Description du code source », <http://opensourceguide.info>. (21) Savatier R, L'inflation législative et l'indigestion du corps social, D. 1977 chron., p. 43. Voir également le rapport 2006 du Conseil d'État consacré à la sécurité juridique et la note du service des études juridiques du Sénat sur « La qualité de la loi ». (22) Même si un tel processus semble naturel et indispensable, l'étude d'impact des projets de loi n'est obligatoire qu'à l'encontre des projets déposés à partir du 1^{er} septembre 2009 (article 39 de la Constitution issu de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008). Concernant la nouvelle « Hadopi 3 », le processus se révèle particulièrement opaque (tant concernant le questionnaire que la sélection des projets que des auditions) et pressé – les demandes de contributions, arrivées au courrier le 16 septembre, étaient à rendre le 28 septembre 2009. (23) Le GIP a récemment publié un livre blanc, Weinberg M., *It will be awesome if they don't screw it up : 3D Printing, Intellectual Property, and the Fight Over the Next Great Disruptive Technology*, invitant le public à devancer les lobbyistes qui chercheraient à tuer dans l'œuf les nouveaux usages qui pourraient naître de l'émergence de l'impression 3D. (24) Vivant M., L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles, Mélanges Christian Mouly, vol. 1, 1998, p. 441-455. (25) Le secteur du mobile étant en premier lieu concerné : tel l'achat en 2011 de 6 000 brevets à Nortel (4,5 milliards de dollars) par un consortium composé de Microsoft, Apple, Rim, Ericsson et EMC, ou le rachat par Google de la société Motorola Mobility et ses 25 000 brevets (12,5 milliards de dollars). (26) Voir par exemple la décision de la Grande Chambre de recours de l'OEB sur les brevets logiciels, dans sa décision T 258/03, *Hitachi* : « La Chambre n'ignore pas que son interprétation – relativement large – du terme "invention" figurant à l'article 52(1) CBE inclut des activités qui sont si courantes que leur caractère technique tend à être négligé, par exemple l'acte consistant à écrire en utilisant un stylo et du papier. » (27) Lemley M., Lichtman D., Sampat B., *What to do with Bad Patents ?*, Regulation, Winter 2005-2006.

leur dépendance vis-à-vis des fonds générés par la délivrance de titres. Ainsi, de nombreuses sociétés détiennent ainsi des fonds gigantesques de brevets qui portent sur des inventions fictives et qui sont utilisés à l'encontre de réelles innovations – à la charge ensuite de leur concurrent, voire de la collectivité, d'invalider de tels titres devant un juge.

En combinant ces deux facteurs, on assiste à une survalorisation de titres incertains et très larges, qui n'ont d'autre fin que de contrôler la concurrence et l'innovation : une fonction entièrement contraire aux objectifs initiaux du droit des brevets. Cela impose aux entreprises d'investir des sommes colossales dans l'acquisition de brevets ou portefeuilles de brevets pour se protéger, le tout au détriment de la recherche & développement interne.

c) L'abus dans l'usage des droits

Parmi les usages les plus caricaturaux figurent en tête les « *patent trolls* », ces sociétés sans recherche & développement et qui achètent des brevets (28) tiers afin de négocier des licences ou agir en justice. Sous couvert de favoriser la diffusion de l'innovation et de favoriser la rémunération des auteurs, elles cherchent uniquement à maximiser le gain relatif à leurs actifs – quitte à se spécialiser dans les procédures et multiplier les assignations. Leur comportement induit un raisonnement qui n'est plus en termes d'inventions, mais de brevets – creusant la différence entre les deux termes (29), de sorte que la plupart des brevets qu'elles exploitent ne sont pas considérés par les pairs comme des inventions (*puisque les patent trolls favorisent des brevets larges et relativement simples, susceptibles d'être opposés à un maximum de sociétés*). Elles sont souvent désignées sous l'acronyme de « NPE » pour « *non-practicing entity* » (30).

Seconde déviance préjudiciable, de nombreux titulaires de droits essaient d'étendre le monopole conféré par la loi afin de maximiser les profits : artificiellement par contrat, en multipliant les procédures abusives, voire en organisant de véritables rackets sous forme de protection, d'assurance ou de « pactes de non-agression », etc.

Théoriquement, de tels comportements, dès lors qu'ils outrepassent délibérément leur monopole, devraient être sanctionnés sur le fondement d'abus de droit (31) : en cas de dépôt abusif (*avec intention de nuire*), par l'usage qui est fait du droit exclusif (*les juges considérant que « l'exercice d'un droit exclusif par son titulaire peut donner lieu à un comportement abusif »* (32) ou pour une action en justice abusive (33) (*telle une action contre un concurrent se fondant sur des « leurre de revendication » de brevets* (34). L'incertitude quant à leur

utilisation, la longueur et le coût de telles procédures les rendent néanmoins inadaptés au regard du préjudice instantané que peut causer une interdiction de commercialisation ou les frais de défense liés à une action en contrefaçon.

2°/ Différences conceptuelles

Au surplus du déséquilibre intrinsèque au système de la propriété intellectuelle, un certain nombre de nouveaux paradigmes sont venus bouleverser les anciens : la création plurale et complexe comme principe, la notion d'œuvre évolutive, le postulat de l'invention incrémentale, et les avancées du numérique et du gratuit.

a) Une création par principe plurale et complexe

L'image de l'auteur ou du créateur solitaire a glissé du principe à l'exception. En effet, à l'ère informationnelle qui est

la nôtre, cette vision s'est depuis longtemps effacée au profit de la réalité plus pratique d'une création par principe plurale – *a fortiori* dans le domaine des nouvelles technologies où la coopération et le respect des standards sont essentiels au succès d'un projet.

Ainsi, les statuts particuliers des créations faisant intervenir plusieurs auteurs – simultanément (*de collaboration ou collectives*) ou successivement (*composites, dérivées*) – deviennent aujourd'hui la norme et il n'est pas

rare qu'une œuvre dérivée soit aussi composite, mêlant des contributions d'œuvres collectives et de collaboration. Même si l'interprétation du Code de propriété intellectuelle a permis de considérer que l'inventeur pouvait en réalité être une « équipe d'inventeurs » et qu'une personne morale pouvait parfaitement être auteur d'une création, l'innovation et la création telles que saisies par le code sont encore très liées à la contribution d'un individu (*les partenaires et clients ne jouant qu'un rôle passif dans celle-ci*).

Le second problème concerne l'inadaptabilité des droits actuels aux créations complexes : conçue dans un monde où les produits ou services étaient relativement simples et ne reposaient que sur un nombre limité d'inventions, l'exclusivité conférée aux titulaires de droits n'avait pas l'effet bloquant qu'elle a en présence de centaines (*voire milliers*) d'objets de droits utilisés dans certains produits. Ainsi, des inventions fictives ou mineures peuvent aujourd'hui bloquer une invention plus importante et un produit de grande valeur sociale. Chris Sacca, « capital-risqueur » américain, s'alarmait à ce sujet : « *Nous sommes à un point de l'ère de la propriété intellectuelle où les brevets existants couvrent probablement tous les comportements qui surviennent sur internet ou sur*

Les statuts particuliers des créations faisant intervenir plusieurs auteurs – simultanément (*de collaboration ou collectives*) ou successivement (*composites, dérivées*) – deviennent aujourd'hui la norme...

(28) On retrouve cette pratique dans d'autres branches de la propriété intellectuelle, notamment sous la forme de *copyright trolls* (tel le groupe SCO qui négocia des licences de droits d'auteur auprès de plus de 1 500 entreprises). (29) Voir notamment B. Stiegler : « *Il y a beaucoup d'inventions qui ne produisent aucune innovation* », propos recueillis par Catherine Portevin, *Télérama* n° 3099, 9 juin 2009. (30) Voir Gaybrick R. J. et Hollingshead R. J., *Fighting the Patent Troll*, Shanghai, 27 sept. 2007. Deux sociétés publiques peuvent être citées pour la France et l'Europe : France Brevets et European Patent Fund. (31) La CJUE (et auparavant la CJCE) sanctionne ainsi tous les usages qui ne répondraient pas à la finalité des droits. (32) Cass. com., 26 nov. 2003, *TF1*. Par ailleurs, l'arrêt précise que : « [I]l a pratiqué contractuelle en cause ne constitue pas l'exercice normal des droits exclusifs de reproduction du coproducteur, mais un abus de ce droit en vue de fausser la concurrence ». (33) Cass. 2^e civ., 31 mai 1967, *Bull. civ.*, II, n° 199. (34) TGI Paris, 26 janv. 2005, *PIBD* 2005, III, 299. (35) Voir *When Patents Attack* du site NPR : « *We're at a point in the state of intellectual property where existing patents probably cover every behavior that's happening on the internet or our mobile phones today, says Chris Sacca, the venture capitalist. [T]he average Silicon Valley start-up or even medium sized company, no matter how truly innovative they are, I have no doubt that aspects of what they're doing violate patents right now. And that's what's fundamentally broken about this system right now* » (<www.npr.org>). (36) Ainsi ce n'est pas un hasard si figurent parmi les derniers travaux du CSPLA des thèmes relatifs aux œuvres multimédias, aux œuvres orphelines ou encore aux œuvres ouvertes.

nos téléphones mobiles d'aujourd'hui (...) en moyenne, les start-up de la Silicon Valley ou même les sociétés de taille moyenne indifféremment du fait qu'elles soient réellement innovantes (...) violent des brevets en ce moment. Et c'est ce qui est fondamentalement cassé dans le système actuel. » (35) Cette complexification de l'élaboration – et du statut – de l'œuvre remet en cause le caractère très individualiste et personnel des droits de propriété intellectuelle et, plus généralement, du concept de propriété à l'encontre de ces créations (36).

b) Le rôle des communautés

Les communautés (*d'utilisateurs-contributeurs, clients, fans, etc.*) peuvent avoir un rôle clé dans le succès d'un produit ou service, pour lequel elles peuvent être impliquées dès la conception jusqu'à la commercialisation (*ainsi que dans toutes les phases intermédiaires*). Son adoption croissante par de nombreux projets (*souvent commerciaux*) a donné naissance au terme de *crowsourcing* (*que l'on traduit parfois par « externalisation ouverte »*).

Ce mouvement contribue à la mutation plus large d'un public qui devient auteur et des utilisateurs-contributeurs, brisant ainsi la dichotomie classique entre l'auteur (*intouchable*) et son public (*anonyme et passif*). Pour reprendre les propos d'Antoine Moreau, « *nous sommes tous des artistes* » (37). Les rapports juridiques sont actuellement complexes à organiser : entre les entreprises qui font appel à de telles communautés et les communautés elles-mêmes, mais aussi parfois entre les membres de cette communauté et éventuellement leur production commune (38). Il est nécessaire qu'une stratégie claire oriente ce type d'initiatives (*afin de donner suffisamment pour être attractive tout en conservant un contrôle suffisant pour être économiquement viable*) et qu'une politique préalable en matière de propriété intellectuelle (*notamment droit d'auteur, brevet, marque, etc.*) soit rédigée afin de précéder toute complication liée à l'exploitation des créations ainsi générées.

c) Le principe de l'invention incrémentale

Dans le domaine des inventions, il y a un changement fondamental dont la portée ne semble pas encore tout à fait mesurée : à de très rares exceptions, il n'y a plus aujourd'hui d'inventions radicales (*ou dite « de rupture »*) qui « bouleversent » la société et les usages, mais au contraire une multitude de petites inventions, incrémentales, qui vont dans le même sens (39). À partir de là, l'inventivité caractérisant les inventions brevetables n'est plus aussi évidente qu'elle l'était – souvent simple avancée dans l'état de l'art que véritable éclair de génie.

Ainsi, avec l'aide d'internet et du numérique qui rend l'information accessible instantanément en tout point du globe, les chercheurs s'appuient et s'inspirent sur les recherches menées parallèlement aux leurs, dans une visée avant tout économique : avoir l'autorisation (*et non plus être titulaire*) et être le premier à mettre sur le marché.

Parallèlement, le domaine de l'édition logicielle repose aujourd'hui sur une très forte réutilisation de créations tierces et l'adoption de méthodes de conception dites « agiles » (*organisant une itération cyclique qui transforme entièrement le rôle des acteurs lors du développement d'un logiciel*).

d) Le numérique comme nouveau paradigme

Par le numérique, le support de la création devient aussi fictif que celle-ci ; les rendant tous deux à la portée de tous, en tout lieu, et tout temps. L'outil numérique transforme ainsi nos usages et notre industrie, puisque tout tend à devenir numérique et peut être reproduit à l'identique (*même des objets en trois dimensions peuvent aujourd'hui être stockés sous forme numérique avant d'être reproduits par des imprimantes 3D*), sans perte et avec un coût qui tend vers zéro. Ainsi, contrairement aux origines du système où la diffusion d'une œuvre était systématiquement associée à sa fixation sur un support physique, l'exclusivité et la rivalité introduite au travers de la propriété intellectuelle se retrouvent diamétralement opposées à la nature et la forme des créations contemporaines.

La révolution est entière et le numérique s'étend aujourd'hui à de nombreux secteurs (*télécommunication, médias, constructeurs, etc.*) dans un mouvement que l'on nomme la « *convergence du numérique* » (40). Ainsi, toutes les créations (*même plastiques*) circulent sur un même support et bénéficient d'une amplitude de diffusion jusque-là jamais connue ou seulement imaginée.

e) La gratuité de la création

L'une des conséquences irrémédiables du numérique est la gratuité. Ainsi, Chris Anderson (41) explique qu'« [i]l est désormais clair que tout ce que le numérique touche évolue vers la gratuité (...). D'une certaine manière, le web étend le modèle économique des médias à toutes sortes d'autres secteurs économiques ». Ajoutant enfin qu'« [i]l n'y a jamais eu un marché plus concurrentiel que l'internet, et chaque jour le coût marginal de l'information devient plus proche de rien du tout ».

Le corollaire d'un tel changement économique est qu'il convient de repenser toute l'exploitation commerciale liée à ces œuvres : une telle gratuité induit l'élaboration de nouveaux modèles économiques, l'entrée de nouveaux acteurs et la nécessaire évolution de l'industrie antérieure (*qui reposait souvent sur un modèle qui n'a aucune raison d'être maintenu en l'état*). Face au conflit inéluctable entre l'actuel système de propriété intellectuelle et le courant de l'*Open Innovation*, il convient de repenser une organisation différente de la propriété intellectuelle.

II. – VERS UNE ORGANISATION DIFFÉRENTE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Face au conflit qui a été présenté, deux méthodes peuvent être suggérées afin de restructurer la propriété intellectuelle. Ainsi est-il

>

(37) Moreau A., *CODE – Collaboration and Ownership in the Digital Economy*, Queens' College, Cambridge, 4-6 April 2001. (38) L'enchevêtrement contractuel entourant certains projets pouvant aboutir à détacher la création produite de tous ses créateurs, voir notamment Jean B., Option libre : Compatibilité entre contrats. Mémoire effectué dans le cadre du master II Recherche – Droit des créations immatérielles (ss dir. M. Vivant), 2006. (39) Voir, plus largement, Lemley M. A., *The Myth of the Sole Inventor*, Stanford Law School, July 21, 2011. (40) Voir notamment Conseil d'État, *Convergence numérique, convergence juridique*, 2007, ou encore Hocepiéd Chr., La politique européenne de la concurrence face à la convergence, *Concurrence & consommation* 2000, n° 117, p. 28-30. (41) Chris Anderson est le rédacteur en chef du magazine américain *Wired*. Il a notamment écrit : *Free! Entrez dans l'économie du gratuit*, traduit de l'américain par M. Le Séac'h, Pearson, Paris, 2009, et *La longue traîne – La nouvelle économie est là*, traduit de l'américain par B. Vadé et M. Le Séac'h, Pearson, Paris, 2007, 2^e édition mise à jour et enrichie, 2009.

possible d'imaginer, de la moins satisfaisante à la plus difficile à mettre en œuvre : l'adoption d'une utilisation à rebours des différents droits de propriété intellectuelle (A) ou, plus fondamentale, l'hypothèse d'une réforme législative des différents droits (B).

A. – L'utilisation à rebours des différents droits de propriété intellectuelle

En réaction au système considéré comme trop fermé et inadapté à la société actuelle, de nombreuses sociétés ont pris à contre-pied le système établi de la propriété intellectuelle et se sont mobilisées afin de renverser la logique au profit du partage – consacrant la théorie selon laquelle les libertés/exceptions reconnues au profit de l'utilisateur ou du public ne seraient pas des exceptions, mais bien des droits.

Confrontés à ces nouveaux usages, les juristes ont sorti le principal outil dont ils disposaient : le contrat. Ainsi, dans ce domaine extrêmement contractuel, toutes les règles relatives à l'organisation des relations entre les différents acteurs sont fixées de la sorte plutôt que par la loi (42). Construits sur l'existant, les premiers systèmes alternatifs (43) fondés sur le système traditionnel (44) sont aujourd'hui des phénomènes bien connus : le logiciel libre, l'*open source*, l'*open data*, l'*open hardware*, etc. Précipitée par l'expansion d'internet et du numérique, l'adoption de cette vision a l'effet d'une lame de fond qui submerge tous les fronts et altère l'ensemble des branches de la propriété intellectuelle et des pratiques afférentes (*y compris les brevets*) (45).

Le phénomène entré dans les mœurs, chacun admet qu'il est possible, selon les circonstances et les créations, de réaliser un usage plus ouvert et permissif de ces différents droits de propriété intellectuelle. La valeur n'étant plus attachée à l'exclusivité – comme ça l'était classiquement –, mais la propriété intellectuelle joue un rôle radicalement différent qui induit la mise en place de politiques de propriété intellectuelle spécialement formalisées au regard de leur stratégie d'innovation. Le rapport canadien publié par McGill, qui dénonce aussi une utilisation pervertie de la propriété intellectuelle, fait la promotion d'une nouvelle propriété intellectuelle tournée vers l'échange et le partage (46).

Dans des proportions qui diffèrent, l'impact se mesure sur la quasi-totalité des droits de propriété intellectuelle. Il est néanmoins possible de distinguer les enjeux relatifs aux droits de propriété littéraire et artistique (1°) de ceux relatifs aux droits de propriété industrielle (2°).

1°/ L'usage des droits de propriété littéraire et artistique dans une logique d'innovation ouverte

La conséquence n'est pas la même qu'il s'agisse des droits d'auteur et des droits voisins, des mesures techniques ou encore du droit *sui generis* des bases de données.

Concernant les droits d'auteur et droits voisins, on s'aperçoit d'un intérêt différencié selon que sont considérées les prérogatives patrimoniales ou extrapatrimoniales :

- pour introduire cette ouverture, les droits patrimoniaux sont très largement utilisés en faveur de la diffusion des créations (*conditionnant parfois leur exploitation, avec l'exemple des licences libres comportant des clauses dites « copyleft » ou « share alike »*). Une tension est néanmoins perceptible entre le mouvement de l'*Open Knowledge* qui peut parfois utiliser des licences de type *copyleft* (*Wikipédia, OpenStreetMap, etc.*) alors que les acteurs d'internet cherchent généralement à favoriser l'usage de licences très permissives sans impact sur leur actuel modèle économique (47);

- l'usage des droits moraux est en revanche assez conservateur, avec une vigilance accrue quant à la reconnaissance de paternité, l'absence de confusion avec l'œuvre originale ou encore atteinte à l'image ou à la qualité de l'auteur.

Du côté des auxiliaires de la création, il convient surtout d'en saluer certains (*mais encore peu*) qui cherchent à s'adapter aux besoins sans chercher à reproduire des méthodes qui ne sont plus adaptées à cette nouvelle ère. Le numérique, internet et les sociétés qui en font leur métier, offrant en effet aux auteurs une capacité jusque-là inconnue de se produire et de se distribuer eux-mêmes (*ce qui change entièrement le rôle de l'industrie liée*). Probablement en raison du fort nombre de licences légales grevant leurs droits, les artistes-interprètes sont encore très passifs (*soit qu'ils sont concernés à d'autres titres, soit qu'ils sont essentiellement concernés par les revenus tirés de leurs prestations*) (48).

Apparu sous la pression des seuls industriels (*et abandonnés par eux peu de temps après*), le droit sur les mesures techniques de protection est très majoritairement contesté, voire écarté par les contrats. Il fait figure d'archétype de largesses offertes à une industrie défailante : obsolète avant que les premiers décrets d'application ne viennent en préciser la portée – l'autorité qui avait été créée pour ses derniers (*l'ARMT*) n'a ainsi jamais été saisie.

Longtemps réservé à la seule sphère industrielle, le droit *sui generis* des bases de données connaît pour sa part un regain d'intérêt pour les sociétés ainsi que pour les communautés qui contribuent ensemble à la constitution de bases de données communes sur internet (*le mouvement de l'open data en étant la meilleure illustration*). De telles bases de données collaboratives (49) posent néanmoins plusieurs nouvelles questions relatives à leur constitution, notamment pour quantifier l'investissement ainsi que le « producteur » aux termes de la loi.

De plus en plus fourni et, surtout, de plus en plus ouvert (*c'est-à-dire favorable à une réutilisation*) grâce au numérique et internet, le domaine public connaît un regain d'intérêt

(42) Lee N., Nystén-Haarala S., Huhtilainen L., *Interfacing Intellectual property rights and Open innovation*, <<http://ssrn.com/abstract=1674365>>. (43) Jean B. et Canevet S., L'évolution du droit d'auteur à l'ère du numérique, in La bataille Hadopi, Paris, In Libro Veritas, 2009. (44) Lee N., Nystén-Haarala S., Huhtilainen L., *Interfacing Intellectual property rights and Open innovation*, précité, <<http://ssrn.com/abstract=1674365>>. (45) Voir, pour une étude globale du phénomène, Jean B., Option libre, Framasoft, coll. « Framabook », 2011 (à paraître). (46) McGill, Vers une nouvelle ère de propriété intellectuelle : de la confrontation à la négociation, sept. 2008. (47) Ainsi, la firme oriente l'usage de licence au travers de la forge Google code qui ne peut contenir de projets diffusés sous une licence non validée par la plate-forme (en l'occurrence ne sont pas utilisables toutes les licences de type GNU Affero GPL qui obligent à diffuser les logiciels libres lors de leur utilisation en SaaS). (48) Notons néanmoins l'existence d'initiatives sectorielles, tels les actuels États généraux du jazz consacrés à la filière économique des professionnels de ce courant. (49) Initiative très représentative de l'intérêt de l'*open data* pour le privé comme le public, le projet Open Street Map est un projet de cartographie libre et mondiale : une sorte de « Google Maps-like » enrichi et ouvert qui permet à tout un chacun de partir réaliser ses propres relevés GPS, de les partager *via* les outils fournis et ensuite de les enrichir. Le projet connaît une croissance fulgurante et continue depuis son lancement (les principales villes étant toutes cartographiées et certaines données n'intéressant que quelques passionnés (comme les tracés des chemins de randonnée) sont d'une qualité qui dépasse les solutions officielles ou grand public.

notable. Les sociétés d'internet n'y sont pas étrangères, mais on dénote aussi d'autres projets visant à favoriser l'accès au domaine public, tel le « *calculateur du domaine public* » réalisé dans le cadre du projet Europeana ou le projet Creative Commons. Ainsi, à côté de ses licences, Creative Commons offre aussi un outil qui permet de dédier ses œuvres au domaine public (*via un processus intitulé Public Domain Dedication*) instantanément ou après un délai de 14 ou 28 ans (*ainsi qu'il était le cas lorsque le copyright avait été imaginé*). Un second outil permet d'identifier les œuvres du domaine public par un processus déclaratif. Parallèlement, en 2007, a été lancé le projet CC-0 qui est un outil juridique qui permet de céder le plus largement possible ses droits. La licence CC-Zero qui en sortit est la licence conseillée par le projet Sciences Commons pour l'application aux bases de données (*similaire à la Public Domain Dedication & License [PDDL] rédigée par l'OKF*).

2°/ L'usage des droits de propriété industrielle

Parmi les principaux droits de propriété industrielle, chacun connaît une évolution qui lui est propre : qu'il s'agisse du droit des marques, brevets et topographie de semi-conducteurs.

Le droit des marques est peut-être le moins atteint par cette vague d'extension des droits, conservant ses fonctions tant dans le cadre de projets communautaires (*telle la distribution ultracommunautaire GNU/Linux Debian*) (50) que commerciaux. Tout au plus peut-on

dire qu'un usage particulièrement fin des marques doit être réalisé dans le cadre des initiatives communautaires ou de *crowdsourcing* (*ces dernières faisant leur promotion à moindre coût*). Elles permettent alors de contrôler la commercialisation de créations ou d'innovations largement diffusées.

En matière de brevets et en réaction au système des *patent trolls*, on observe des actions de regroupements de brevets à titre défensif – *patent pools* individuels (51) ou collectifs (52) – avec pour objectif d'immobiliser toute action tierce en contrefaçon de brevets logiciels : on les intitule *patent angels*, *anti-patent trolls* ou encore *reverse patent troll*.

Les droits des topographies de semi-conducteurs et des obtentions végétales demeurent intouchés : globalement peu utilisés et reposant eux-mêmes sur un équilibre complexe qui favorise la création de nouveaux microprocesseurs et de nouvelles obtentions végétales, il a longtemps été estimé que ces droits ne méritaient pas l'effort d'une licence dédiée. Ils connaissent néanmoins un regain d'intérêt fort au travers du mouvement de

Parmi les principaux droits de propriété industrielle, chacun connaît une évolution qui lui est propre : qu'il s'agisse du droit des marques, brevets et topographie de semi-conducteurs.

l'*open hardware* qui est en pleine expansion et vient modérer ce constat puisque les droits concernent alors directement les topographies de semi-conducteurs et tous les plans ou toutes les spécifications qui peuvent leur être préalables (53).

B. – La nécessité d'une réforme législative

Quelques freins systémiques persistent néanmoins, rendant nécessaire de repenser ou repositionner, partiellement ou totalement, l'équilibre de la propriété intellectuelle. Nous développerons ainsi quelques-unes des raisons qui nous amènent à envisager cette solution (1°) avant d'évoquer, superficiellement, le contenu d'une telle réforme (2°).

1°/ Les raisons d'une telle réforme

Une telle réforme semble nécessaire pour de multiples raisons, notamment afin de redonner à la propriété intellectuelle une légitimité aux yeux de tous, de desceller et lever les freins systémiques et surtout de protéger l'innovation de demain.

a) Redonner à la propriété intellectuelle une légitimité aux yeux de tous

Symptomatique de la société actuelle, le Conseil de l'Union européenne a ainsi déclaré que « [l]es droits de propriété intellectuelle sont un élément fondamental pour la promotion de la culture et sa diversité, ainsi que pour la valorisation de la recherche, de l'innovation et de la création des entreprises européennes, notamment

des petites et moyennes entreprises, afin de soutenir la croissance et l'emploi au sein de l'Union européenne et de développer la dimension externe de la compétitivité européenne (54) ».

Néanmoins, le rapport « *File-Sharing and Copyright* » réalisé par l'*Harvard Business School* relativise l'impact du système actuel en concluant qu'« [a]lors que les échanges de fichiers ont perturbé certains modèles commerciaux traditionnels de l'industrie culturelle, principalement en matière de musique, notre lecture tend à considérer qu'il y a peu de choses qui montreraient que les nouvelles technologies ont découragé la production artistique. Une protection des droits d'auteur faible, semble-t-il, a bénéficié à la société » (55).

Malheureusement, pour partie en raison de l'inertie liée aux procédures législatives (56) et pour partie en raison des intérêts politiques et économiques attachés au maintien d'une industrie culturelle forte, les États sont aujourd'hui incapables de remettre en cause le système qu'ils ont créé. Toutes les initiatives citoyennes et privées qui ont été citées

(50) La politique de la distribution Debian est néanmoins très permissive « [n]ous permettons à toute entreprise de faire un usage raisonnable de la marque commerciale "Debian". Par exemple, si vous distribuez des CD de notre distribution Debian GNU/Linux, vous pouvez appeler ce produit "Debian" ». Toute autre utilisation doit être autorisée. <www.debian.org/trademark.fr.html>.

(51) Plusieurs milliers de brevets sont ainsi regroupés en garantie par des sociétés comme IBM, Nokia, Sun, etc., notamment l'*IBM Statement of Non-Assertion of Named Patents Against OSS*, le *Sun Patent Program* ou encore le *Novell Statement on Patents and Open Source Software*. (52) Notamment l'*Open Source Development Laboratory (OSDL)*, l'*Electronic Frontier Foundation (EFF)*, avec notamment l'initiative *Patent Busting Project* ou l'*Open Invention Network (OIN)* auquel ont souscrit des sociétés comme Sony, IBM, NEC, Red Hat, Philips et Novell. La *Foundation for a Free Information Infrastructure (FFII)* et l'initiative « *no software patents* » affirmant que la constitution de regroupements de brevets titre défensif est une mauvaise solution par rapport à la lutte pour imposer la non-brevetabilité des logiciels. Voir notamment la position d'Hartmut Pilch, *Collective Shields against Software Patents*. (53) Voir notamment la licence *Open Hardware License 1.1* publiée par le Cern. (54) Voir le considérant 16 de la résolution du Conseil du 1^{er} mars 2010 relative au respect des droits de propriété intellectuelle sur le marché intérieur. (55) Oberholzer-Gee F. et Strumpf K., *File-Sharing and Copyright*, 12 January 2010 : « (...) While file sharing disrupted some traditional business models in the creative industries, foremost in music, in our reading of the evidence there is little to suggest that the new technology has discouraged artistic production. Weaker copyright protection, it seems, has benefited society. » (56) Mais l'argument est d'autant moins pertinent que la procédure d'urgence a été déclenchée par le Gouvernement lors du vote des principales lois de ces dernières années. (57) V. Cable déclarant : « *The Government is focused on boosting growth and the Hargreaves review highlighted the potential to grow the UK economy. By creating a more open intellectual property system it will allow innovative businesses to develop new products and services which will be able to compete fairly in the UK's thriving markets for consumer equipment.* »

ne peuvent pas remplacer le rôle de direction qui appartient aux États. Ce constat général doit néanmoins être relativisé à l'aune de quelques initiatives, non encore suivies d'effets, qui auraient pour vocation de réformer le système tout en ménageant les multiples intérêts : le Royaume-Uni ayant par exemple publié un plan pour moderniser la propriété intellectuelle par l'implémentation des recommandations du rapport Hargreaves de mai 2010 (*dont l'ajout d'exceptions aux droits, d'un processus de licences croisées et d'une gestion des œuvres orphelines*) (57).

Par ailleurs, une propriété intellectuelle rééquilibrée constituerait un vecteur de collaboration formidable entre les pays, constituant un canevas favorisant des relations pérennes Nord-Sud et une réduction de la fracture numérique (58). Plus encore, ce mouvement se révèle être un facteur important dans la diffusion des connaissances sensibles, tel le domaine médical (*voir notamment le projet communautaire Openhealthtools ou encore l'action de la fondation IntraHealth International au travers du projet eHealth qui donne une place importance à l'open source*).

Ce travail est donc important pour redonner une légitimité à la propriété intellectuelle. En effet, dès lors qu'une norme est perçue comme inadéquate (59) et illégitime, il est normal d'observer un désintérêt et un désengagement croissant qui se traduisent par une immobilisation de tout son pouvoir coercitif (60). Il ne s'agit ainsi pas d'étendre les sanctions, mais au contraire de rendre au droit sa légitimité.

On ne peut finir sans évoquer les alternatives présentées à une telle réforme. Joost Smiers et Marieke Van Schijndel, dans leur ouvrage *Un monde sans copyright... et sans monopole*, imaginent et construisent un monde sans droit d'auteur, sans monopole sur ces créations de l'esprit et sans « *conglomérats culturels* » (*grandes industries culturelles*) aux intérêts nécessairement contraires à ceux de la société. Par ailleurs, d'autres thèses sont venues imaginer de nouveaux systèmes, considérés comme plus adaptés au monde d'aujourd'hui – se fondant ou non sur la propriété intellectuelle existante. Ainsi, pour ne parler que d'initiatives françaises, il est possible de citer les travaux d'Olivier Auber sur le revenu de vie (*fondé sur le revenu minimum d'existence*) ou encore la contribution créative théorisée par Philippe Aigrain.

b) Pour lever les freins systémiques

La longue domination du paradigme a engendré de nombreux réflexes et de nombreuses habitudes qui sont profondément ancrés dans les mentalités, et qui peuvent entraîner le rejet irrationnel d'autres solutions. Nous nous concentrerons sur deux sortes de freins liés au système de la propriété intellectuelle, avant d'évoquer d'autres sources de contraintes susceptibles de faire obstacle à une innovation ouverte : sachant que toutes, en application du parallélisme des formes, ne pourront être levées que par une nouvelle loi.

Majoritairement conçu comme un outil neutre utilisable à la discrétion des acteurs de la création et de l'innovation, le Code de la propriété intellectuelle contient néanmoins quelques dérogations : soit pour durcir ou contraindre certaines situations (*en matière de formalisme, de droits moraux, en présence de certain type d'œuvre, etc.*), soit pour alléger le dispositif au bénéfice de certains acteurs (*qui concourt à une finalité commune*).

Il conviendrait ainsi de repenser les normes impératives et notamment les différents dispositifs d'ordre public : que l'on songe à celle de direction (*les intérêts de l'État ne sont plus forcément les mêmes*) ou de protection (*certaines situations ne nécessitent plus de telles protections – ces dernières étant au contraire susceptibles de lui nuire*). Prenons l'exemple du droit à l'intégrité de l'œuvre que possède tout auteur diffusant ses œuvres sur internet : ce droit doit-il par principe interdire toute modification apportée à l'œuvre ou peut-on au contraire estimer que certaines œuvres aient pu être imaginées comme collaboratives et évolutives (*une diffusion propriétaire de celles-ci pourrait alors valablement être considérée comme contraire au respect des droits moraux de l'auteur*) ? Situation inverse, les sociétés de gestion collective bénéficient de certaines faveurs de la part du législateur, leur permettant notamment de se faire céder *a priori* toutes les œuvres passées et futures de leurs auteurs sociétaires. Cet avantage, associé au monopole de fait qu'elles ont acquis et aux toiles qu'elles ont tissées, les rend ainsi en capacité de refuser, reporter, voire conditionner, toute ouverture des œuvres de son répertoire sous licences libres (61).

Certaines créations pouvant aussi être soumises au régime très strict des *biens* et technologies à double usage (*c'est-à-dire aussi militaire*). Dans les années 90, Philip Zimmermann, auteur de Pretty Good Privacy (PGP) avait ainsi été poursuivi par le Département de la défense américaine qui ne souhaitait pas que son invention sorte du territoire américain (62). De telles situations n'ont toujours pas été réglées et d'autres biens à double usage posent les mêmes questions en France (*par exemple, Paparazzi, un projet de drones sous licence libre développé par l'Énac*) (63).

c) Protéger l'innovation de demain

L'*Open Innovation* traduit une nouvelle forme d'innovation ouverte et partagée, bien souvent disruptive au regard de l'industrie traditionnelle. Elle permet ainsi de rendre perméables les frontières qui existaient auparavant entre les différents marchés et c'est sans surprise que les acteurs traditionnels opposent toutes les armes fournies par la propriété intellectuelle pour empêcher ces innovations pourtant tout à fait bénéfiques à la société.

Détaillons pour exemple illustrant ce postulat, et sans prendre position à l'égard des grands groupes concernés, la multitude de procès qu'engendra l'arrivée du système d'exploitation Android sur le marché des mobiles (*téléphones et tablettes*). Google a bouleversé le marché en introduisant et diffusant massivement un système d'exploitation générique et gratuit

(58) Élément évoqué dès 2003 lors de la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (Cnuced), voir le Rapport sur le commerce électronique et le développement, Cnuced, 2003. (59) Voir Inadéquation aux attentes du monde artistique, in Collectif d'auteurs, La bataille Hadopi. (60) Ce qui, sans justifier les pratiques de téléchargement illégal, en explique les fondements. (61) À cet égard un projet pilote, limité (notamment dans la durée, le type d'exploitation, etc.), fondé sur celui des Pays-Bas devrait être annoncé au mois de décembre. Il est néanmoins regrettable que celui-ci ait été négocié en catimini et sans impliquer les acteurs locaux de la culture libre. (62) Il avait notamment continué à publier le code source sous de multiples formes : livre (*PGP Source Code and Internals*, The MIT Press, 1995, ISBN 0-262-24039-4), mais aussi tee-shirts, etc. Voir aussi Sibaud B., De l'interdiction de publier certains logiciels (2), LinuxFr (<<http://linuxfr.org>>). Voir, notamment, Direction générale des douanes et droits indirects, Guide sur les exportations de biens et technologie à double usage, 2010. (63) À ce sujet, voir notamment Foutel N., *Free Open Source Software and Dual-Use : Loophole or Dissent ?*, présentation réalisée lors de la conférence Eole 2011.

là où tous étaient jusqu'alors payants ou spécifiques. Deux réactions diamétralement opposées ont alors vu le jour : l'ouverture sous licence libre du système d'exploitation Symbian développé par Nokia ; une série d'actions en contrefaçon à l'égard des partenaires de Google distribuant son logiciel. Ouvert trop tardivement et sans les moyens nécessaires à son succès, Symbian n'a pas réussi à reprendre les parts du marché qu'il avait perdues. En revanche, après avoir transigé avec deux constructeurs célèbres, la firme de Redmond perçoit aujourd'hui plus d'une dizaine de dollars par téléphone HTC ou Samsung sous Android vendu : c'est-à-dire plus d'argent que pour ceux utilisant son propre système d'exploitation. Par ailleurs, HTC et Samsung, très réputés pour leurs téléphones sous Android, se sont peu de temps après engagés à augmenter de plusieurs millions dans le système d'exploitation Windows Phone 7.5. Une belle illustration qui montre à quel point les usages de la propriété intellectuelle peuvent freiner l'innovation, cela au détriment des consommateurs finaux.

2°/ Le contenu de la réforme

Conséquence logique des éléments qui précèdent, la réforme – si réforme il y a – devra permettre de définir de nouveaux leviers qui favoriseront l'innovation et la création de demain. Les brevets sont certainement les droits qui ont été les plus détournés de leurs objectifs initiaux (64). Ainsi, le système des brevets, qui permettait à l'origine de rendre accessibles de nouvelles connaissances (*les droits exclusifs étant une récompense à cette publication*) s'est complètement retourné de telle sorte que les droits sont aujourd'hui la raison même des brevets (*alors que l'information est devenue très difficilement accessible ou lisible par les chercheurs et ingénieurs*).

C'est ce qui explique les positions en faveur d'une refonte globale du système actuel, notamment afin de créer plusieurs régimes (*durée, prérogatives, exceptions, procédure, etc.*) en fonction des domaines d'application (*les besoins de l'industrie pharmaceutique ne sont pas du tout similaires à ceux de l'informatique*). Autre exemple, cette fois-ci sous forme de régulation : le Gouvernement américain avait imposé en 1917 la création d'un groupement de brevets dans le domaine de l'aéronautique, ce qui donna la MAA (*Manufacturer's Aircraft Association*) qui permit la création d'avions sans crainte de procès, mit fin aux querelles de brevets et favorisa l'essor de l'industrie aéronautique. On retrouve ainsi des régulations similaires dans le domaine des télécoms, de la radio, du nucléaire, sur la qualité de l'air (*Clean Air Act*), etc., et rien n'empêcherait d'étendre cette régulation à d'autres domaines. Ce type d'impulsions publiques doit néanmoins veiller à ce que l'innovation reste au cœur des initiatives (la création de la société France Brevets SAS par l'État et la Caisse des dépôts, avec pour objectif affiché la valorisation des brevets, incite aux plus grandes réserves).

Elle se révélera à nous au fur et à mesure qu'elle se transformera, mais l'innovation du futur sera rapide, ouverte et globale (65). Ainsi, il nous semble que plus de temps devrait être passé à repenser le système de la propriété intellectuelle qu'à chercher à le maintenir. Dans un premier temps, il serait possible de se tourner vers les chantiers déjà initiés : tels les travaux du CSPLA ou encore la thèse de Mélanie Clément-Fontaine qui proposait la création d'un domaine public réservé permettant de sécuriser la pratique déjà existante du logiciel libre (66), peut-être serait-ce le moment de se tourner vers son application. ♦

(64) Gilliéron P., Open Source et droit des brevets, RLDI 2007/24, p. 67. (65) Gassmann O., Enkel E., Chesbrough H., *The future of open innovation, R&D Management*, Blackwell Publishing Ltd, 2010. (66) Clément-Fontaine M., Faut-il consacrer un statut légal de l'œuvre libre ?, *Propr. intell.* 2008, n° 26, p. 69-76 ; voir aussi, *Les œuvres libres*, thèse (ss dir. M. Vivant), Montpellier-I, 2006.