

Préface

Y a-t-il une limite aux devoirs de l'amitié ?

J'entreprends ici une préface que je n'aurais sans doute pas dû accepter d'écrire. J'ai cédé pourtant, à cause d'une amitié dont on va vite découvrir ci-dessous les conditions de la naissance. Mais surtout à cause de la nature de l'objet à préfacer.

Ce *Droit des logiciels* est un monument, dans bien des sens du terme. Il est immense. Il est destiné à diffuser et perpétuer la connaissance d'une discipline nouvelle, juridique en l'occurrence.

Il est rare : c'est le premier en langue française, et peut-être au monde. Il est digne de durer.

Décliner une telle demande eut été indigne. Pourtant la raison de mon hésitation était forte : je suis sur le sujet des logiciels et plus généralement du droit de la propriété intellectuelle d'une incompétence abyssale. Ce n'est compatible ni avec la nature ni surtout avec la qualité de cette œuvre.

Seulement voilà, tel Obélix tombant tout petit dans une marmite de potion magique, je suis un beau jour du printemps 2002 tombé dans la bassine du droit des logiciels. Il a bien fallu que j'y nage. Et comme j'étais un politique voyant, cela s'est vu. Il fallait bien assumer, jusqu'à la préface.

L'histoire vaut d'être contée. Après tout elle ne manque pas de sens par rapport au contenu de cet ouvrage. Ce sera, cher lecteur, je le jure, la seule partie distrayante du lourd volume que vous commentez et qui n'a nulle part ailleurs, en aucune occasion, la distraction pour objet.

C'est au paragraphe numériquement répertorié sous le n° 365, qu'est rappelée l'origine de la grande bataille parlementaire à laquelle

je fus mêlé et qui occupa le Parlement européen pendant plus de trois ans. Le 20 février 2002, la Commission européenne adressa comme c'était sa fonction usuelle, un projet de « Directive » au Conseil des ministres et au Parlement.

Ce projet de Directive traitait de la « brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur ». Sans s'interroger plus avant, le bureau du Parlement européen décida pour l'étude de ce projet de saisir au fond la commission des affaires juridiques, et seulement pour avis celle de la culture, pourtant compétente en matière de propriété intellectuelle, et aussi celle de l'industrie, dévoilant par là sans le savoir la réalité des motifs de l'opération en cours.

Je présidais en cette période la commission de la culture, de l'éducation, de la jeunesse, des sports et des médias. C'est à la réunion mensuelle usuelle du bureau de ladite commission, c'est-à-dire des chefs de fractions politiques représentées en son sein, qu'est faite la lecture des saisines en cours. Cet intitulé mystérieux n'éveille l'intérêt de personne. À vrai dire, parmi la quinzaine de députés présents, aucun, moi compris, ne comprend ce que cela veut dire ni de quoi il s'agit.

Moi-même, né longtemps avant la génération de l'écran, je fuis avec presque un peu de terreur tout ce à quoi je ne connais rien. Personne ne demande le rapport. Il y a cependant du prestige parlementaire à faire des rapports. Les groupes politiques en demandent et se les jalouent. Le parti socialiste était ce mois-là en déficit de rapports réalisés ou en cours. La mécanique proportionnelle qui régit tout cela le lui fait attribuer.

Largement deux mois après, la charmante et très conviviale collègue britannique qui présidait le groupe socialiste dans notre commission me demande un bref entretien.

« Michel, ce rapport sur la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur, personne n'en veut au groupe, personne ne se sent capable de le faire, personne même ne comprend de quoi il s'agit... »

— Chère collègue, tant pis, moi non plus d'ailleurs, on fera comme d'habitude... »

Nous avons pour ce genre de situations une procédure de secours : lorsqu'une commission saisie ne trouve pas de rapporteur, le secrétariat de la commission rédige une banale lettre commentant le

politiquement correct sur le sujet et donnant une approbation vague à la proposition de la Commission européenne. C'est alors le président de la commission parlementaire concernée qui signe et envoie la lettre à la commission saisie au fond.

Rien ne se passe. Cependant, les rumeurs de couloir parlent. Dans l'une des autres commissions saisies, l'industrie je crois bien, un député informaticien avait émis de sérieuses réserves. Les services font circuler des extraits de la presse spécialisée... Un conflit couve. Cela serait-il en train de devenir important ?

Et moi là-dedans ? Ancien Premier ministre de France, toujours scruté de très près par les médias... Puis-je me permettre de signer de creuses banalités ? À l'évidence non. Il va falloir travailler pour comprendre. Des milliers de pages lues, une vingtaine d'auditions, deux conférences spéciales d'une journée. Plus d'un an passe. L'on apprend que la commission juridique, sur rapport socialiste aussi, s'apprête à approuver la Directive. Danger.

On s'enflamme. Hors du Parlement aussi. Un bombardement par e-mails commence, comme on n'en avait jamais vu dans cette instance. Des forces constituées, la Fédération des logiciels libres et l'Union des industries de l'informatique, d'autres, insistent pour être reçues. Le ton monte. Des insultes sont proférées. À l'évidence, pour certains jeunes prophètes souvent barbus des logiciels libres, le grand capitalisme démontre à nouveau son insatiable cruauté. Pour les grands industriels, ce fut dit presque en ces termes, les opposants à la brevetabilité étaient d'obscurs prêcheurs totalement ignorants de ce qu'était le monde moderne...

Deux mondes s'affrontaient sans se comprendre. Cela avait quelque chose de magnifique et de grandiose. Une note du livre évoque même la bataille navale de l'Ill, qui nous fit tant rire. Le consortium de grandes sociétés mondiales qui va finalement perdre cette bataille a un peu trop pris les parlementaires pour des imbéciles...

C'est dans ce conflit que mon principal soutien et conseil fut François Pellegrini. Il est devenu mon ami. Il était déjà un étonnant informaticien, professeur de la chose, qui plus est. Il n'était pas encore juriste, il le deviendra assez vite avec le soutien de Sébastien Canevet.

Je mis un an à me décider vraiment. Je ne suis pas un adversaire de l'industrie, notamment de la grande. Mais la création, la liberté,

l'innovation étaient du côté des logiciels libres. La recherche du profit et surtout de la rente, le souci de freiner la concurrence et d'étouffer le buissonnement créateur étaient du côté de la grosse industrie. J'ai donc choisi, quitte à devoir souvent intervenir pour modérer expressions et positions. Tout cela dura trois ans, sur deux mandats. Je devins même, réélu pour le second, président de la commission des affaires juridiques et rapporteur sur le fond.

Ce fut au final un Parlement pleinement informé, où plus de la moitié des 680 députés discutaient vivement et fermement les innombrables amendements examinés, qui vota enfin sur ma proposition le 5 juillet 2005, par 648 voix contre 14 et 18 abstentions, le rejet du projet de Directive. La raison de cette décision est que les deux blocs, les pro-Directive, c'est-à-dire les pro-brevetabilité des logiciels, et les anti, défenseurs des logiciels libres, se sentaient à peu près à égalité sans pouvoir, à 20 ou 30 voix près, prédire le résultat du vote. Or, pour chacun des deux groupes, le maintien d'un *statu quo* ambigu était largement préférable au fait de voir la thèse adverse consolidée en droit européen et devenir ainsi la loi de l'Office européen des brevets.

Pourquoi raconter tout cela, sinon parce que, au moins pour sa partie législative, le droit est le produit de batailles parlementaires ?

Ce qui apparut surtout dans cette affaire, puisqu'elle n'est pas encore tout à fait complètement réglée, c'est l'importance économique juridique et politique absolument majeure du sujet, que bien peu de gens soupçonnaient quand tout a commencé.

Cette importance découle directement de l'extraordinaire puissance des logiciels comme multiplicateurs d'abord de l'efficacité de la machine puis de la capacité de calcul de l'esprit humain lui-même. S'intégrant maintenant à la quasi-totalité des appareils fixes ou mobiles, immenses ou minuscules, que les hommes utilisent tous les jours, ils couvrent la totalité du champ des activités humaines, au point que leur écriture, leur mise au point et leur utilisation engagent un flux de capitaux absolument massif.

L'innovation dans ce domaine est si rapide et si coûteuse que la désuétude y est un danger beaucoup plus permanent et pressant que dans d'autres activités. Cela ne pouvait que contribuer à l'intensification d'une tendance immémoriale et permanente en économie de marché qui est de constituer en rente permanente un avantage compa-

ratif, technique ou naturel, momentané. C'est ce qu'ont tenté les partisans de l'extension de la protection par le brevet au domaine des logiciels.

Pourtant dans sa sagesse, l'humanité avait fort correctement abordé le problème quand elle en a perçu l'émergence. Les trois premières parties de ce livre sont limpides à cet égard : les œuvres de l'esprit humain sont d'usage général mais appellent le droit de leur auteur à une rémunération et à prévenir leur dénaturation. Les productions permises par la capacité de la technique à mettre en œuvre les forces ou les ressources de la nature n'appellent pas sur l'ouvrage d'autre droit que celui d'en permettre l'usage dans des conditions assurant la couverture de son coût, investissement compris.

Dès la création du droit d'auteur, au cours du XVIII^e siècle, les choses sont claires pour les œuvres de l'esprit. Elles sont tout aussi claires pour les produits de la technique dès la création des brevets au XIX^e siècle. Il n'y a jamais eu le moindre doute – et il n'y en a toujours pas d'ailleurs malgré l'obscurité temporaire créée par la controverse récente – sur le fait que la formulation « œuvre de l'esprit » décrivait aussi bien les partitions musicales, les sculptures ou les tableaux que les formules mathématiques, ces dernières ne pouvant pour leur part refléter la personnalité de leur auteur. Albert Einstein lui-même disait brutalement qu'« une formule mathématique n'est pas brevetable ».

Un logiciel, n'étant qu'un ensemble de formules mathématiques agencées entre elles, n'était à l'évidence pas brevetable.

Eussions-nous eu accès en 2002 à toute la culture rassemblée dans ce livre en 2013, il est fort probable que la bataille parlementaire que je viens de rappeler aurait été beaucoup plus brève et plus nettement et fortement gagnée...

La difficulté est venue de ce que sa nature même et plus encore son usage appelaient le logiciel à coopérer avec la machine et même à s'y incorporer. Une manière d'indissociabilité s'est fait jour entre le logiciel et l'ordinateur. Même les capteurs et les effecteurs sans lesquels ce dernier n'est qu'une carcasse inerte entrent dans cette indissociabilité, au point d'ailleurs que beaucoup ne les distinguent pas des logiciels eux-mêmes ! Moins l'ordinateur, ses capteurs et ses effecteurs se distinguent du logiciel, plus il devient facile, et plus encore tentant, de les confondre, et d'étendre par là le droit des brevets à l'ensemble.

D'un point de vue sémantique, l'évolution du sens donné au mot « technique » est superbement révélatrice de cette dérive. Appliqué au domaine de la propriété intellectuelle, le mot « technique » constitue dès l'origine une référence explicite à la nature, aux matières qui la composent et aux forces qui l'animent, par opposition tout aussi explicite aux activités de l'esprit.

On verra dans ce livre que c'est relativement tôt dans le XIX^e siècle que des juristes, allemands et scandinaves, font référence aux forces de la nature pour clarifier cette distinction. Et puis le mot a dérivé pour devenir un quasi-synonyme de *spécialité* ou de *spécialisé*. De là à ce qu'il finisse par ne plus décrire que ce qui est compliqué, il n'y avait qu'un pas.

Jamais, nulle part, à en croire Pellegrini et Canevet, les instances judiciaires suprêmes ni non plus les législateurs des pays de haute culture, n'ont occulté cette différence ni même tenté de l'estomper.

Ce sont partout les offices spécialisés dans la délivrance, le contrôle et la protection juridique des brevets qui ont engagé l'affaire. Nationaux ou internationaux, ces offices sont spécialisés. Leurs administrateurs et leurs juges internes n'ont comme partenaires que des opérateurs intéressés. Ils sont en outre rémunérés grâce à une redevance perçue à l'occasion de l'octroi des brevets : tout office à un intérêt évident à en distribuer le plus possible.

Quant aux producteurs de logiciels eux-mêmes, même si la plupart d'entre eux sont des jeunes chercheurs ou étudiants regroupés en petites sociétés pour approfondir des idées nées des résultats de leurs travaux, beaucoup ont dû faire face au coût considérable et croissant de la mise au point de logiciels de plus en plus spécialisés dans des secteurs confinés de la technologie. Cela coûte cher, et risque de devenir rapidement caduc, car la compétition intellectuelle est extrême. Se protéger par un monopole temporaire – un brevet – devient vite une défense souhaitable.

Il importe peu alors que les frais de contentieux liés à la protection des brevets soient énormes et augmentent vite.

La brevetabilité commence sans texte législatif, par des tribunaux locaux notamment américains, à partir des années 1980. Les frais de contentieux liés aux logiciels, nuls jusque-là, grimpent vertigineusement et peuvent atteindre, dans les grandes sociétés informatiques qui déposent et gèrent des milliers de brevets, jusqu'à 20 ou 30 % du

volume global de l'activité logicielle, coûts de création neuve compris. Petits chercheurs et PME ne peuvent suivre, ce qui est une partie du but recherché.

Il importe moins encore à nos opérateurs que l'extension du champ de la brevetabilité ne contribue au tarissement de la création nouvelle. C'est pourtant ce que montrent à l'évidence diverses études dont notamment une de la *Federal Trade Commission*, à l'expertise indiscutable en la matière. On le verra dans ce livre.

La protection par le brevet est compliquée, coûteuse et malthusienne, la protection par le droit d'auteur est simple, conforme à l'idée que l'humanité s'est construite jusqu'ici du droit du savoir, et surtout ne contribue en rien à ralentir l'activité de l'esprit. Elle devrait de ce fait être de principe et elle est en train de le devenir. Ce livre montre que la partie robuste du droit des logiciels découle du droit d'auteur, même s'il souligne à de multiples reprises les aspects encore incertains parce que non traités de ce droit en cours de création. Cela donne au présent ouvrage, au-delà de son caractère de manuel pour les opérateurs, un aspect de conseil aux législateurs et aux juges qui sera fort utile dans les temps qui viennent.

Deux dernières remarques découlent de cette situation juridique non clarifiée.

La première est institutionnelle. Elle conduit à conclure qu'il est malsain, d'un point de vue d'intérêt général, que les offices de délivrance des brevets soient des organes autonomes échappant à la tutelle générale qui régit le système judiciaire et en assure la cohérence, et par là au législateur – même s'il en est le créateur originel. Cela pose le problème de l'Office européen des brevets (OEB). Cet office est une création de la Convention du brevet européen, signée à Munich en 1973. La dite Convention ne relève pas du droit de la Communauté économique européenne (devenue Union européenne) parce qu'elle fut négociée entre des États et comporte des signataires non-membres de l'Union : Norvège, Suisse, Liechtenstein, Monaco et Turquie. L'office relève donc de la seule surveillance de ses États-membres qui n'ont guère cherché à faire prévaloir une relation ou une cohérence, moins encore une dépendance avec le droit européen interne.

Il n'y a donc aucune relation de droit entre l'UE et l'OEB. La seule qui existe est de fait, et tient à ce que tous les membres de

l'Union sans exception sont membres de l'OEB ; ils sont par là obligés de tenir compte des directives de l'Union, ce qui les rend décisives pour l'OEB.

Sur le fonctionnement interne de l'OEB, la surveillance de ses États-membres est à peu près nulle. L'office fonctionne seul comme bon lui semble.

L'Office européen des brevets à très tôt commencé, de sa propre initiative, à étendre à des logiciels eux-mêmes des brevets qu'ils accordaient à des systèmes intégrés : ordinateur, capteurs, effecteurs et du coup logiciels. La contradiction juridique est vite apparue avec les législations nationales. L'OEB a d'abord tenté de régler le problème en organisant une conférence de ses États-membres. Cette conférence refusa clairement la brevetabilité des logiciels. C'est ainsi que, vraisemblablement sur le conseil des industriels, l'OEB suggéra à la Commission européenne de s'en charger, ce qu'elle fit par le projet de Directive dont j'ai déjà beaucoup parlé et que rejeta finalement le Parlement.

Voilà ce qui montre à l'évidence que l'Office européen des brevets ne peut être laissé à son isolement. Il doit appliquer une politique cohérente du droit des brevets et pour ce faire être soumis au législateur de l'Union, lequel a charge de le définir. Il y faudra trancher les difficultés non encore résolues, ce livre en rappelle beaucoup, et négocier ensuite des conventions avec les États-membres de l'OEB qui ne le sont pas de l'Union européenne.

Ma dernière remarque est de principe et va beaucoup plus loin.

Cette élaboration difficile du droit des logiciels se fait dans une période de mutation économique majeure.

Le système financier mondial est en désordre maximal et menace d'imploser. Depuis trente ans, dans tous les pays développés, la croissance ralentit régulièrement, pour être maintenant nulle en Europe depuis deux ans. Seuls les États-Unis et le Japon en préservent quelques dixièmes de pour cent, au prix d'un endettement aussi dangereux que déraisonnable. Cela affecte non seulement le volume de la consommation mais aussi la manière de consommer.

Pendant ce temps, Internet et les nouvelles techniques d'information et de communication révolutionnent les relations entre les humains. Ils font apparaître un monde, celui de l'information, où la rareté n'existe pas, puisque le fait de la vendre ou de la donner à un

tiers n'implique pas sa perte pour son titulaire. Notre manière de consommer, notre mode d'usage des biens, en sont bouleversés.

S'agissant de résidences de vacances, de voitures automobiles, d'équipements domestiques de tous ordres, la propriété devient archaïque et inutile. C'est l'accès pour un temps donné qui devient le problème et l'enjeu. Voilà qui est plus vrai encore de nos « consommations » culturelles : posséder n'a pas de sens si l'accès est libre.

La bataille du droit des logiciels est du même ordre. La propriété, le brevet, freine l'usage et l'activité. Le libre accès les encourage. Il est compatible avec le droit d'auteur.

Or, par les fonctions qu'il remplit, le logiciel est la clé de l'organisation d'une société donnant priorité à l'accès. Les contraintes de l'écologie nous poussent dans ce sens. À bien des titres, l'élaboration du droit des logiciels fait émerger les principes juridiques de l'organisation sociale de demain. Il vaut la peine de s'y frotter.

Ce livre en est une magistrale présentation.

Michel Rocard