

Thèse de Doctorat

Pierre-Etienne LENOIR

*Mémoire présenté en vue de l'obtention du
grade de Docteur de l'Université de Nantes
sous le sceau de l'Université Bretagne Loire*

École doctorale : DEGEST

Discipline : droit privé

Unité de recherche : IRDP (EA1166)

Soutenue le 23 mars 2017

L'HARMONISATION INTERNATIONALE DU DROIT DES BREVETS

JURY

Rapporteurs :	Mme. Edith BLARY-CLEMENT, Professeur à l'Université de Lille 2 Mme. Maryline BOIZARD, Maître de conférences à l'Université de Rennes 1
Examineurs :	M. Alan HERVE, Professeur à l'Université de Bretagne Occidentale M. Emmanuel PY, Maître de conférences à l'Université de Bourgogne
Directeur de thèse :	M. Jean-Pierre-Clavier, Professeur à l'Université de Nantes

INFORMATION

L'auteur certifie que la thèse présentée en vue de l'obtention du Doctorat est le fruit de son travail personnel et que toutes les sources utilisées ont été indiquées dans leur totalité.

Il atteste sur l'honneur qu'il n'a ni recopié, ni utilisé des idées ou des formulations tirées d'un ouvrage, article ou mémoire en version imprimée ou électronique, sans mentionner précisément leur origine et que les citations intégrales sont signalées entre guillemets.

REMERCIEMENTS

Je remercie mes parents, Philippe et Françoise, ainsi que mes sœurs pour leur confiance en moi, leur aide, leur patience et leurs encouragements qui m'ont permis d'achever ce travail.

Je remercie également mes amis, chercheurs et avocats, que j'ai rencontré durant ce doctorat à Nantes, Munich, Toulouse, Paris et Lyon, à qui je souhaite un bel avenir professionnel.

Je remercie mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Jean-Pierre CLAVIER pour ses conseils avisés, sa grande patience et son aide précieuse pour résoudre les difficultés administratives rencontrées à chaque réinscription.

Enfin, je remercie les membres du jury pour l'intérêt qu'ils portent à mon travail et pour leur présence en ce jour de soutenance.

LISTE DES ABREVIATIONS

ACP : Afrique Caraïbe Pacifique
ACTA : Anti-Counterfeiting Trade Agreement
ADPIC : Aspect des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce
ALENA (NAFTA) : Accord de libre-échange nord-américain
APEC : Asia Pacific Economic Cooperation
ARIPO : African Regional Intellectual Property Organisation
BIRPI : Bureaux Internationaux Réunis pour la protection de la Propriété Intellectuelle
CAFTA-DR : Dominican Republic Central America Free-Trade Agreement
CRADA : Cooperative Research And Development Agreement
CBE : Convention sur le Brevet Européen
CAEM (COMECON) : Conseil d'Assistance Economique Mutuelle
CARICOM : CARibbean COMmunity
CCG : Conseil de Coopération du Golfe
CE : Communauté Européenne
CECA : Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier
CEDH : Cour Européenne des droits de l'homme
CJCE : Cour de Justice de la Communauté Européenne
CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne
CNUCED : Conférence des Nations-Unis sur le Commerce Et le Développement
COMESA : Common Market for Eastern and Southern Africa
CSIR : Council for Scientific and Industrial Research
CUP : Convention de l'Union de Paris
DTP : Departmental Therapeutic Program
ECOSOC : conseil ECONomique et SOCial (des Nations-Unies)
FAO : Food and Agriculture Organization
FBI : Federal Bureau of Investigation
FMI : Fond Monétaire International
FTC : Federal Trade Commission
GATT : General Agreement on Tariffs and Trade
HAI : Hôpital Assistance International
IEPI : Institut Equatorien de la Propriété Industrielle
INPI : Institut National de la Propriété Industrielle
MERCOSUR : MERcado COMun del SUD
MSF : Médecins sans frontière
NCI : National Cancer Institute

OAPI : Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle
OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Economique
OEAB : Organisation EurAsienne des Brevets
OEB : Office Européen des Brevets
OECE : Organisation Européenne de Coopération Economique
OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OIC : Organisation Internationale du Commerce
OMC : Organisation Mondiale du Commerce
OMPI : Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
OMS : Organisation Mondiale de la Santé
ONG : Organisation Non-Gouvernementale
ONU : Organisation des Nations-Unies
ORD : Office de Règlement des Différends
PCT : Patent Cooperation Treaty
PIB : Produit Intérieur Brut
PLT : Patent Law treaty
PNUD : Programme des Nations-Unies pour le développement
PTOM : Pays et Territoires d'Outre-Mer
R&D : Recherche et développement
RCAM : Régime canadien d'accès aux médicaments
RDA : République Démocratique d'Allemagne
RFA : République Fédérale d'Allemagne
SPLT : Substantive Patent Law Treaty
UE : Union Européenne
UPOV : Union internationale pour la Protection des Obtentions végétales
URSS : Union des Républiques Socialistes Soviétiques
US : United-States
USAID : United-States Agency for International Development
USC : United-States federal Code
USD : United-States Dollar
USPTO : United-States Patent and Trademark Office
USTR : United-States Trade Representative
ZLEA : Zone de Libre-Echange des Amériques

SOMMAIRE

Introduction générale	p.9
PARTIE 1 – L’harmonisation sous l’égide des organisations internationales : la stabilisation des bases du droit des brevets	
p.50	
Titre 1 – La création d’un droit international des brevets	p.51
Chapitre premier – La création interétatique du droit des brevets	p.52
Chapitre deux – La création du droit des brevets au sein des organisations internationales : l’exemple de l’OMC	p.118
Titre 2 – Le contenu du droit international des brevets	p.155
Chapitre premier – La brevetabilité de l’invention	p.157
Chapitre deux – Le droit d’exploitation	p.217
PARTIE 2 – Le déclin des organisations internationales : une désharmonisation interétatique	
p.286	
Titre 1 – Les organisations internationales dépassées par les nouveaux objets de protection	p.288
Chapitre premier – La crise diplomatique sur la santé publique.....	p.289
Chapitre deux – La protection de la biodiversité et la relation entre l’Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique	p.337
Titre 2 – Une harmonisation internationale inadaptée aux sociétés nationales	p.390
Chapitre premier – Le réel objet de l’adaptation : le droit ou la société ?	p.391
Chapitre deux – Une voie de sortie : la renaissance des ordres interétatiques concurrentiels	p.469
CONCLUSION GENERALE	
p.506	

INTRODUCTION GENERALE

« [Les lois] doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre »

Charles de Secondât, baron de Montesquieu
Esprit des lois, Livre premier, chapitre III

« La raison du plus fort est toujours la meilleure »

Jean de la Fontaine
Fable du loup et de l'agneau

1. Introduction. La première remarque que nous pourrions formuler concerne l'engouement prononcé de nombreux auteurs en droit international et droit comparé pour les propos du Baron de Montesquieu. Si l'idée de la stricte adaptation du droit à la société relève d'une utopie intéressante, nous posons la question de sa désuétude. En effet prétendre l'actualité de ses propos reviendrait à promouvoir une vision du droit international difficilement conciliable avec l'évolution des relations internationales au cours du siècle dernier.

2. L'anthropologie des lois. Rappelons en effet que l'Esprit des lois paraît en 1748, à une époque favorable au concept de souveraineté westphalienne. La paix de Westphalie de 1648 qui conclut la guerre de Trente Ans établit la notion de souveraineté territoriale comme doctrine de non-ingérence dans les affaires d'autres nations. Les Etats sont alors indépendants les uns des autres, mais également interdépendants dès lors que les jeux d'influence remplacent l'ingérence directe.

C'est dans ce contexte que Montesquieu pose une anthropologie générale de la loi¹. La loi se crée en s'adaptant aux comportements humains inhérents à une société donnée. Ainsi, il définit l'homme en énonçant que celui-ci *« est un être borné ; il est sujet à l'ignorance et à l'erreur, comme toutes les intelligences finies ; et les faibles connaissances qu'il a, il les perd encore. Comme créature sensible, il devient sujet à mille passions »*². A travers ce point de

¹ J.-P. COURTOIS, « Loi et action de la loi dans l'Esprit des lois », Revue Montesquieu, 1998, n°4, pp. 27 et s.

² Idem, p. 29.

vue anthropologique, nous étudions les relations internationales : les lois promulguées par chaque nation se confrontent et diffèrent en fonction des caractéristiques des sociétés auxquelles elles sont rattachées.

Cependant, l'évolution post-westphalienne des relations internationales a modifié la donne : ces dernières ne se définissent plus par la confrontation des lois nationales mais par la création d'organisations internationales dont les règles régulatrices n'ont plus pour objet les comportements humains mais les Etats. L'homme n'est plus la référence et est substitué par une composante de l'Etat, qui dans notre domaine est le marché économique.

3. Internationalisation et mondialisation. Le marché économique est tout aussi complexe à encadrer que la nature humaine, d'autant plus que son aspect international se définit autour de règles contradictoires issues des systèmes d'internationalisation et de mondialisation qui se sont développées au cours du dernier siècle. Si le langage courant tend à confondre les deux notions, ces dernières se réfèrent à des conceptions différentes, voire contradictoires des mécanismes de fonctionnement de l'économie.

La notion d'internationalisation reconnaît fondamentalement la pertinence du concept d'Etat-nation comme source de régulation. L'économie internationale se développe alors autour de l'existence de marchés nationaux importants. Comme l'énonce Jean-Marc SIROEN, « elle n'est pertinente que dans la mesure où le Monde se caractérise par :

- Une plus grande homogénéité à l'intérieur des nations qu'entre les nations en termes, par exemple de goûts, de préférence et de culture, d'acquis technique, de dotations en facteur de production ;
- Dans les limites d'une interdépendance relative, une certaine autonomie des Etats en matière de politique économique. La légitimité de leur souveraineté en matière monétaire et réglementaire est reconnue ;
- Cette autonomie des Etats implique l'existence de marchés nationaux importants, formels ou informels, c'est-à-dire de marchés plus aisément accessibles aux résidents qu'aux étrangers. Cette inégalité d'accès peut être naturelle du fait, par exemple, de la distance ou de l'immobilité physique de certains facteurs (terre), de certains biens (immeubles), et de certains services (coiffure). Cette discrimination peut également être réglementaire dans le domaine, par exemple, des mouvements de capitaux ;

- *Cette autonomie exige également que les Etats aient prise sur les agents économiques en matière, par exemple, de fiscalité ou de comportement concurrentiel ce qui implique que leur nationalité ou leur « résidence » soit clairement identifiable. Ces agents doivent être en mesure de répondre aux incitations des autorités publiques »³.*

Ainsi, le concept d'internationalisation représente une étape supplémentaire par rapport à l'Esprit des lois de Montesquieu en ce qu'il représente un compromis entre nationalisme et libéralisme : compatible à la fois avec la conception westphalienne des relations internationales, le mercantilisme et la macroéconomie keynésienne.

Par opposition à l'internationalisation, la mondialisation est une notion plus récente qui se situe dans l'expectative du déclin des Etats-nations au profit d'une régulation naturelle et spontanée d'un marché global. *« La mondialisation est, en effet, un processus qui tend à :*

- *Rendre les nations plus homogènes avec, notamment, la multiplication de produits ou de techniques universelles ou "globaux" (par exemple : Coca-Cola, Windows, Boeing 747, etc.). Cette homogénéité entre les nations est, d'ailleurs, compatible avec le maintien, voire l'accentuation de différences à l'intérieur même des nations dès lors que celles-ci ont partout des structures proches. Par rapport au concept d'internationalisation, la problématique de la différence et de la similitude est donc inversée : l'internationalisation des économies trouve sa raison d'être dans la différence (voir la notion d'avantages comparatifs) alors que la mondialisation repose sur une vision du Monde où la convergence et l'uniformisation sont déjà avancées. La caractéristique majeure de la mondialisation ne serait pas l'expansion du commerce international en général mais celle du commerce entre pays aux caractéristiques économiques proches. Les échanges seraient alors plus souvent de nature intra-branché (échange croisé de produits similaires de type automobiles contre automobiles).*
- *L'effacement de l'autonomie et de la souveraineté des Etats et leur plus grande sujétion par rapport aux marchés mondiaux. L'évolution historique la plus spectaculaire a sans doute été la mise en flottement des monnaies qui revenait à laisser aux marchés des changes le soin de fixer les cours. Aujourd'hui, les marchés*

³ J.-M. SIROEN, « L'OMC et la mondialisation des économies », www.dauphine.fr/siroen/TexteCGC.pdf (consulté le 1er juillet 2016), p. 83.

et, notamment, les marchés financiers, tendent à sanctionner les pays qui s'écarteraient des performances moyennes.

- *La multiplication des marchés mondiaux dans le domaine non seulement des matières premières et des produits de base (ce qui ne constitue pas un phénomène nouveau) mais dans certains produits industriels sophistiqués (composants électroniques), les produits financiers et certaines techniques et facteurs de production.*
- *Une plus grande difficulté à situer la nationalité des agents économiques et, notamment des entreprises. Ce flou est relatif non seulement à la propriété du capital, du fait de la "multinationalisation", aux techniques ou aux réseaux, du fait de la multiplication des "alliances stratégiques" mais également à la "globalisation" des processus de production qui font d'un bien donné l'assemblage d'une multitude de composants, produits dans des pays différents. Cette évolution fait perdre aux entreprises nationales elles-mêmes la maîtrise du processus de production ou des débouchés »⁴.*

Cette conception purement libérale de l'économie différencie alors le marché, devenu international, de la société restée nationale, et ne permet plus de déterminer l'adaptation de la loi par rapport aux marchés.

4. Hiérarchisation des Etats. La coexistence entre internationalisation et mondialisation est à la source d'un paradoxe : l'exercice de la souveraineté nationale au sein même du système de mondialisation devient susceptible de remettre en cause la souveraineté des autres nations en imposant des ajustements non désirés. Autrement dit, le système de mondialisation ne peut fonctionner que dans une optique de symétrie entre les Etats que le système d'internationalisation ne permet pas. Ce dernier en effet instaure un certain jeu d'influence qui dépend de la position hiérarchique des Etats. Cette position est alors déterminée par :

- L'importance des pouvoirs de négociations. A ce titre, les Etats-Unis et l'Union européenne ont joué un rôle de leadership évident lors des négociations de l'Accord sur les ADPIC et des actes fondateurs de l'OMC. Ce rôle leur a notamment permis d'orienter les sujets de négociations vers des problématiques qui leurs sont propres tels

⁴ Idem, p. 84.

que les télécommunications, le vivant, etc. Cependant, la structuration des fora internationaux autour de grandes coalitions aura permis une modification des rapports de force, laissant la possibilité pour les pays émergents d'orienter eux-mêmes les débats vers de nouvelles problématiques, dont les plus importantes sont l'accès aux médicaments et la protection de la biodiversité⁵.

- L'importance des pouvoirs de menace et de représailles. Nous faisons ici référence aux sanctions unilatérales de type « *special 301* » qui auront été multilatéralisées grâce au système de règlement des différends instauré au sein de l'OMC⁶. Comme le remarque Jean-Marc SIROEN : « *seuls les Etats-Unis font significativement usage de sanctions unilatérales de type « special 301 », à l'encontre, d'ailleurs, de tous les pays, y compris l'Union Européenne et le Japon. Si comme les Etats-Unis, L'Union Européenne, le Canada et l'Australie ont recours aux actions anti-dumping, c'est très rarement contre les Etats-Unis. En général, les autres pays se cantonnent aux instruments plus classiques de la politique commerciale (tarifs, contingents) et de la politique industrielle (subventions) »*⁷.
- Le possible recours à l'extra-territorialité. Nous pourrions ainsi étudier cette possibilité concernant l'impact des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy sur le système international des transferts de technologie⁸.

La création de l'OMC a bien entendu eu pour effet d'atténuer les rapports de force entre les Etats-membres. D'une part, la création d'un régime différencié favorable aux pays les moins avancés permet à ces derniers de ne pas subir les effets indésirables d'ajustements imposés. D'autre part, l'instauration d'une procédure de règlement des différends au sein de l'OMC a permis à un certain nombre de pays émergents de porter plainte contre les Etats-Unis ou l'Union Européenne. De même, le principe du traitement national empêche toute discrimination entre pays-membre.

Nous remarquons alors le paradoxe de l'OMC : alors que cette dernière s'est créée sur un discours d'internationalisation, permettant aux pays y adhérant de conserver leur souveraineté

⁵ Cf. n°287 et s.

⁶ Cf. n°106 et s.

⁷ J.-M. SIROEN, « L'OMC et la mondialisation des économies », op. cit., p. 94.

⁸ Cf. n°107.

sur leur marché national, les garde-fous introduits dans le but de conserver un équilibre de pouvoir de négociations sont typiques d'un système de mondialisation. Si ce paradoxe peut se justifier par la volonté de l'OMC de passer progressivement d'un système à l'autre, cette dernière se heurte aux hésitations et à la tentation du retour en arrière décelable au sein des débats actuels.

5. Mondialisation et régionalisme. Enfin, nous notons un dernier élément qui complète la définition complexe du marché international : le régionalisme. A l'instar de la mondialisation, le régionalisme s'oppose à l'internationalisation en ce qu'il différencie l'espace économique de l'espace politique et remet en cause la conception de l'Etat-nation. La relation entre mondialisation et régionalisme est cependant plus difficile à apprécier :

- Mondialisation et régionalisme peuvent être considérés comme complémentaires. Nous constatons que l'accélération du processus de mondialisation s'est en effet construite simultanément à l'engouement des Etats pour les organisations régionales et les zones de libre-échange. Ainsi, au jour de la création de l'OMC, tous les Etats fondateurs, à l'exception du Japon et de Hong Kong, appartenaient à au moins une organisation régionale. Le régionalisme ouvrant la voie de la mondialisation par la libéralisation accélérée des échanges, l'OMC a eu tout intérêt à promouvoir son développement en empêchant toutefois un risque de fragmentation du monde en blocs susceptible d'utiliser leur pouvoir commercial dans le but de maximiser leur bien-être au détriment du reste du monde. C'est ce qui justifie les réserves de l'article XXIV du GATT selon lequel : *« les dispositions du présent Accord ne feront pas obstacle, entre les territoires des parties contractantes, à l'établissement d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange ou à l'adoption d'un accord provisoire nécessaire pour l'établissement d'une union douanière ou d'une zone de libre-échange, sous réserve:*

a) que, dans le cas d'une union douanière ou d'un accord provisoire conclu en vue de l'établissement d'une union douanière, les droits de douane appliqués lors de l'établissement de cette union ou de la conclusion de cet accord provisoire ne seront pas, dans leur ensemble, en ce qui concerne le commerce avec les parties contractantes qui ne sont pas parties à de tels unions ou accords, d'une incidence générale plus élevée, ni les autres réglementations commerciales plus rigoureuses que

ne l'étaient les droits et les réglementations commerciales en vigueur dans les territoires constitutifs de cette union avant l'établissement de l'union ou la conclusion de l'accord, selon le cas;

b) que, dans le cas d'une zone de libre-échange ou d'un accord provisoire conclu en vue de l'établissement d'une zone de libre-échange, les droits de douane maintenus dans chaque territoire constitutif et applicables au commerce des parties contractantes qui ne font pas partie d'un tel territoire ou qui ne participent pas à un tel accord, lors de l'établissement de la zone ou de la conclusion de l'accord provisoire, ne seront pas plus élevés, ni les autres réglementations commerciales plus rigoureuses que ne l'étaient les droits et réglementations correspondants en vigueur dans les mêmes territoires avant l'établissement de la zone ou la conclusion de l'accord provisoire, selon le cas;

c) et que tout accord provisoire visé aux alinéas a) et b) comprenne un plan et un programme pour l'établissement, dans un délai raisonnable, de l'union douanière ou de la zone de libre-échange »⁹.

- Mais si cet article se justifie pour une raison de cohérence et de crédibilité – les organisations régionales étant des exceptions à la clause de la nation la plus favorisée – il ne permet pas d'encadrer toutes les conséquences d'une intégration régionale. Ainsi le régionalisme a permis l'adoption d'accords de libre-échange alors impossible au niveau international. Si nombre de ces accords régionaux se fondent sur un système identique à celui de l'internationalisation en respectant la souveraineté des Etats sur leur propre espace économique, l'Union européenne est l'exemple-phare de la création d'un marché unique, commun à plusieurs Etats, par transfert de compétences, dont la transposition au niveau mondial est à l'heure actuelle impossible. Le régionalisme apparaît alors comme la conséquence d'une absence de consensus au sein même de l'OMC sur le choix du système à mettre en place. Mondialisation et régionalisme, à défaut d'être complémentaire et substituable, deviennent interdépendants : des mesures initialement négociées au niveau régionale sont finalement adoptées au niveau international, tandis que certaines politiques régionales se renégocient en

⁹ Notons que cette réserve est encore une fois favorable à un système de mondialisation, en limitant la souveraineté de l'organisation régionale sur le marché économique élargie, alors même que l'OMC a été fondée sur le système d'internationalisation.

fonction des débats qui ont lieu au sein des fora internationaux. Cette interdépendance se retrouve également dans la timide reconnaissance des organisations régionales par l'OMC, à l'instar de l'Union Européenne, dont le pouvoir de négociation est expressément prévu par l'article 10 de l'Accord instituant l'OMC : « *dans le cas où les communautés européennes exerceront leur droit de vote, elles disposeront d'un nombre de voix égal au nombre de leurs Etats-membres qui sont membres de l'OMC* ».

6. L'harmonisation internationale du droit des brevets. C'est dans ce contexte qu'entre cette étude. La différenciation progressive entre l'espace politique et l'espace économique a nécessairement eu un impact sur la régulation de la concurrence, et par extension, sur les régimes de protection de la propriété intellectuelle. Le droit international des brevets s'est construit grâce aux outils normatifs issus à la fois des systèmes d'internationalisation, de mondialisation et de régionalisme, et souffre des paradoxes résultant de la coexistence de ces systèmes. La délimitation éminemment internationale du sujet est en effet complexe à définir (I) et fonde la problématique de notre étude (II).

I – Délimitation du sujet

7. Plan. Les spécificités de la création du droit international des brevets délimitent seules le sujet de notre étude : la chronologie des traités et la concurrence née des activités de l'OMC et de l'OMPI constituent une possible délimitation temporelle (A), alors que le cycle d'alternance entre multilatéralisme et bilatéralisme constitue la délimitation géographique (B), et les difficultés de définition des mécanismes d'harmonisation du droit la délimitation matérielle (C).

A – Délimitation temporelle : La chronologie des traités et la création des fora internationaux de négociation

8. La Convention de l'Union de Paris. La particularité du droit international de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement le droit des brevets, a été de se développer autour de deux fora internationaux concurrents, construits autour deux importantes conventions : la

Convention de l'Union de Paris et l'Accord sur les ADPIC. Leur coexistence s'explique par la déviation des débats d'un forum à l'autre, étant donné les difficultés de négociation et blocages que nous développons ci-dessous.

Le gouvernement français est à l'origine de la première conférence internationale qui a abouti à la signature à Paris, le 20 mars 1883 de la Convention de l'Union de Paris, dont l'objet couvre l'ensemble des droits de propriété industrielle. Si elle ne fut signée à l'origine que par onze pays, son application fut beaucoup plus large étant donné la clause coloniale prévue à l'article 6bis du texte de Lisbonne selon lequel : *« chacun de pays de l'Union peut, en tout temps, notifier par écrit au Gouvernement de la Confédération suisse que la présente convention est applicable à tout ou partie de ses colonies, protectorats, territoires sous mandat ou tout autres territoires soumis à son autorité, ou tous territoires sous suzeraineté... »*. Certaines possessions d'outre-mer, notamment françaises, ont en effet fait l'objet d'une extension de l'application de la convention sur leurs territoires¹⁰.

Cette convention a institué l'Union, association d'Etats dotés d'organes centraux et permanents. Elle est aujourd'hui administrée par l'OMPI¹¹, créée en 1967 lors de la conférence de Stockholm, qui vient se superposer au BIRPI et qui présente les caractéristiques d'être ouverte aux Etats non-membres de l'Union. Il s'agit à ce jour, avec l'OMC, de l'un des deux principaux fora internationaux au sein desquels sont discutées les questions de propriété intellectuelle.

Le domaine d'application de l'Union de Paris est délimité par rapports aux droits et aux personnes protégées. Le droit unioniste est en effet connu pour avoir instauré au niveau international d'une part la règle du traitement national, selon laquelle tout Etat doit appliquer sa législation à un ressortissant étranger de la même manière qu'un ressortissant national¹², et la règle du droit de priorité, selon laquelle le déposant unioniste dispose d'un délai afin d'organiser la protection de son droit dans plusieurs pays membres de l'Union, sans subir le préjudice de la divulgation inhérente à un premier dépôt¹³.

¹⁰ J.-W. BAXTER, « World patent law and practice », Sweet and Maxwell, 1968, p. 132.

¹¹ Notons principalement la Classification internationale des brevets et le Patent Law Treaty

¹² A. KEREVER, « La règle du traitement national ou le principe de l'assimilation », RIDA, octobre 1993, p. 75.

¹³ Sur les conditions du droit de priorité : J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, « droit de la propriété industrielle », Litec, 2007, p. 643 et s.

Les trois lacunes les plus souvent mentionnées au sujet de la convention de l'Union de Paris sont les suivantes :

- D'une part, la convention souffre de l'absence de règles détaillées concernant l'application et la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle devant les autorités judiciaires et/ou administratives.
- D'autre part, l'Union de Paris ne connaît aucun mécanisme de règlement des différends permettant aux Etats d'engager leur responsabilité au regard des autres membres de l'Union.
- Enfin, l'importance croissante du commerce international et la transformation du système de commerce international exige une mise à jour très importante des règles négociées. Or les répercussions de telles modifications ont rendu difficile toute entente. Selon Daniel Gervais, « *cela explique pourquoi les efforts continuellement déployés par l'OMPI pour conclure un traité sur le fond du droit des brevets [...] ont échoué ou réussi seulement une fois le Cycle de l'Uruguay terminé* »¹⁴.

En effet, la perte de vitesse de l'OMPI et les difficultés de modifier la Convention de l'Union de Paris ont conduit à déplacer les débats vers un autre forum.

9. Genèse du GATT. Ce second forum international se situe au sein du GATT, devenu l'OMC, et qui trouve son origine première dans les Accords de Bretton Woods. Ces derniers ont en effet institué la majeure partie du secteur économique régi par l'ONU, et ont conclu à la création d'une nouvelle organisation dont l'objectif devait être l'encadrement le commerce international : l'OIC.

Le processus de création de l'OIC date de 1946 avec une décision de l'ECOSOC selon laquelle une charte de l'OIC devait être rédigée dans le but de « *promouvoir l'expansion des échanges commerciaux et la production, l'échange et la consommation des marchandises* »¹⁵. Deux conférences à Westminster et New York ont été nécessaires à l'élaboration d'une ébauche qui ne fut malheureusement pas adoptée lors de la Conférence de La Havane en

¹⁴D. GERVAIS, « L'Accord sur les ADPIC », Larcier, 2010, p. 25.

¹⁵ OMC, « Guide des règles et pratiques du GATT », OMC, 1995, pp. 3 et 4.

1948. Cet échec a pu s'expliquer par le refus de ratification par le congrès des Etats-Unis, qui voyait dans ce texte une relative perte de souveraineté¹⁶.

Cependant, la charte de la Havane a tout de même été à l'origine de la structure, pourtant différente, du GATT et de son secrétariat. Ainsi, de 1948 à 1995, le GATT s'est analysé comme une structure provisoire – pendant presque cinquante ans – régie par un accord conclu entre certains gouvernements. Il en a en effet résulté une application limitée aux gouvernements, dépourvue de tout effet direct dans l'ordre interne des parties contractantes.

10. La propriété intellectuelle au sein du GATT. L'article XX du GATT relatif aux exceptions générales a prévu un certain nombre de cas particuliers dans lesquels les parties contractantes peuvent déroger au principe de promotion du libre-échange. Ainsi, l'alinéa d) de cet article a prévu le cas de la propriété intellectuelle : *« rien dans le présent Accord ne sera interprété comme empêchant l'adoption ou l'application par toute partie contractante des mesures [...]nécessaires pour assurer le respect des lois et règlements qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent Accord, tels que, par exemple, les lois et règlements qui ont trait à l'application des mesures douanières, au maintien en vigueur des monopoles administrés conformément au paragraphe 4 de l'article II et à l'article XVII, à la protection des brevets, marques de fabrique et droits d'auteur et de reproduction et aux mesures propres à empêcher les pratiques de nature à induire en erreur »*. De telles mesures ne devaient pas être appliquées dans le but de *« constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international »*.

La portée de cet article a pu être décrite par deux rapports du Groupe spécial du GATT. Le premier, adopté le 26 mars 1983, concernant l'importation de certains assemblages de ressorts pour l'automobile, est le premier cas de contrefaçon de brevet de l'histoire du GATT. Le groupe spécial y conclut que *« la nécessité de prévoir que certaines mesures qui seraient prises par une partie contractante pour assurer l'application de ses lois ou règlements nationaux et qui, dans d'autres circonstances, ne seraient pas conformes à ses obligations au titre de l'Accord général, seraient, par la vertu de cette disposition s'appliquant dans les*

¹⁶ GATT, « Future administration of the general agreement », GATT/CP/86, 7 décembre 1950, p. 2.

conditions stipulées conformes à l'Accord général, pour autant que les lois et règlements nationaux concernés ne sont pas incompatibles avec l'Accord général. A cet égard, le Groupe spécial a noté en particulier que la protection des brevets est l'un des rares domaines des législations et réglementations nationales qui soient expressément mentionnés à l'article XX d) »¹⁷. Des lors, a pu être reconnu conforme au GATT un arrêté restreignant l'importation de produits qui ont été caractérisés comme contrefaisant.

Le second, adopté le 7 novembre 1989, concerne l'article 337 de la loi douanière américaine de 1930. Le Groupe spécial y précise que « *ni l'article III:4 ni l'article XX d) n'imposent aux parties contractantes d'obligations spécifiant le niveau de la protection qu'elles doivent accorder aux brevets ou l'efficacité des procédures destinées à assurer cette protection* »¹⁸. Il en résulte que le GATT n'a pas eu pour objectif d'attaquer directement le droit substantif d'un Etat afin de le rendre conforme à ses prescriptions, mais de vérifier la bonne application de ces lois conformément aux obligations internationales contractées.

11. Le cycle de Tokyo. Cette faible portée du GATT a pourtant fait l'objet de nombreuses critiques lors du Cycle de Tokyo au cours duquel le commerce de marchandises de contrefaçon fut l'un des objets des débats principaux. Les parties ont alors tenté de trouver un consensus sur des règles communes de protection de la propriété intellectuelle visant à freiner l'importation et l'exportation de marchandises contrefaisantes, sans pour autant y parvenir. Il aura en effet fallu attendre la décision ministérielle de 1982 pour qu'une mesure concrète soit prise : la création d'un groupe d'experts afin « *d'examiner la question des marchandises de contrefaçon en vue de déterminer s'il est approprié d'entreprendre une action collective dans le cadre du GATT sur les aspects de la contrefaçon commerciale qui touchent au commerce international, et, au cas où une telle action collective apparaîtrait appropriée, en vue d'en définir les modalités, compte dûment tenu de la compétence des autres organisations internationales* »¹⁹.

Ce groupe d'experts, créé en 1984 a présenté son rapport final en 1995, selon lequel :

¹⁷ GATT, « Etats-Unis – importations de certains assemblages de ressorts pour l'automobile », L/5333 – 30S/111, 26 mai 1983, p. 14.

¹⁸ GATT, « Etats-Unis – article 337 de la loi douanière de 1930 », L/6439 – 36S/386, 7 novembre 1989, p. 55.

¹⁹ GATT, « Déclaration ministérielle », L5424, 29 novembre 1982, p. 11.

- Le problème du commerce des marchandises contrefaisantes devient de plus en plus important ;
- Les dispositions prévues dans les traités internationaux de l'époque, et plus particulièrement la Convention de l'Union de Paris sont considérées comme utiles mais insuffisantes afin de prévenir le commerce des marchandises contrefaisantes, particulièrement en ce qui concerne la surveillance douanière et la possibilité d'action en justice ;
- Il n'existe aucun consensus pour savoir si de nouvelles règles de protection de la propriété intellectuelle doivent être édictées ;
- Les importations parallèles ne doivent pas être confondues avec les marchandises contrefaisantes ; et,
- Les mesures prises à l'encontre des marchandises contrefaisantes ne doivent pas entraver le commerce des marchandises non-contrefaisantes.

Bien que le groupe ait conclu sur la nécessité d'adopter des mesures collectives, nombre de pays se sont opposés à l'établissement de nouvelles normes, soit que ces dernières n'étaient pas nécessaires, soit que le GATT n'était pas le forum approprié pour négocier de telles règles, au contraire de l'OMPI.

12. Le cycle de l'Uruguay. Suite aux années d'hésitation de la part de certaines parties contractantes à accepter d'établir de nouvelles normes visant à protéger davantage la propriété intellectuelle dans le cadre du GATT, Les Etats-Unis, l'Union européenne et le Japon ont saisi l'opportunité de la conférence ministérielle à l'origine du cycle de l'Uruguay pour relancer le débat. Plusieurs propositions ont été réunies par le comité préparatoire présidé par la Suisse et la Colombie, et une première ébauche a pu être rédigée²⁰, malgré la réticence de certains pays tels que le Brésil²¹ ou l'Argentine²², et servir de base à la conférence ministérielle.

Nous remarquons alors que les débats ont été introduits de la manière suivante : « *afin de réduire les distorsions et les obstacles qui affectent le commerce internationale, et compte tenu de la nécessité de favoriser une protection effective et adéquate des droits de propriété*

²⁰ GATT, « Communication from the Chairman », PREP.COM(86)W/47/Rev.2, 30 juillet 1986.

²¹ GATT, « Communication from the Chairman », PREP.COM(86)W/41/Rev.1, 16 juillet 1986.

²² GATT, « Communication from the Chairman », PREP.COM(86)W/49, 29 juillet 1986.

intellectuelle, et de faire en sorte que les mesures et procédures visant à appliquer les droits de propriété intellectuelle ne deviennent pas elles-mêmes des obstacles au commerce légitime, les négociations viseront à éclaircir les dispositions de l'Accord général et à élaborer, s'il y a lieu, des règles et disciplines nouvelles.

Les négociations viseront à établir un cadre multilatéral de principes, de règles et de disciplines relatives au commerce international des marchandises de contrefaçon, compte tenu des travaux déjà entrepris au GATT.

Ces négociations se dérouleront sans préjudice d'autres initiatives complémentaires qui pourraient être prises dans le cadre de l'OMPI et ailleurs pour traiter ces questions »²³.

La majorité des termes employés sont restreints au GATT. Seuls sont précisés le lien entre la propriété intellectuelle et la lutte contre le commerce des marchandises contrefaisantes et le besoin d'éclaircir les dispositions du GATT dont la portée est considérée comme trop faible.

Il est donc à plus forte raison étonnant de constater le travail accompli lors du cycle de l'Uruguay en comparant le texte helvético-colombien et l'Accord sur les ADPIC tel qu'il a été adopté en 1995. Bien que le mandat initial ait été limité aux strictes questions du commerce des marchandises contrefaisantes, les négociations ont porté à la fois sur les règles de fond couvrant tous les domaines régis par les autres traités internationaux en la matière, mais également la mise en œuvre des droits, la clause de la nation la plus favorisée et le mécanisme de règlement des différends propre à l'OMC. Comme conclut Daniel GERVAIS : « *on pourrait dire que tout l'Accord sur les ADPIC, exception faite peut-être des dispositions en matière d'application visant à restreindre le commerce des marchandises illégales (qui avait précédemment été envisagé dans le GATT), se fonde sur les derniers mots du premier paragraphe : élaborer, s'il y a lieu, des règles et disciplines nouvelles* »²⁴.

13. L'accord sur les ADPIC. Les négociateurs chargés de rédiger l'Accord sur les ADPIC ont en effet eu un choix :

²³ GATT, « Déclaration ministérielle sur les négociations d'Uruguay », MIN.DEC, 20 septembre 1986, pp. 7 et 8.

²⁴ D. GERVAIS, « L'Accord sur les ADPIC », op. cit., p. 27.

- D'une part ils ont pu être tentés de réinventer la propriété intellectuelle en fonction des nouvelles problématiques annoncées avec le développement des techniques, tel qu'ils ont pu le faire par exemple concernant la configuration des circuits intégrés, et ainsi remplacer les protections existantes par d'autres plus efficaces sur le plan économique. Ainsi, certains auteurs ont critiqué l'Accord sur les ADPIC, sous prétexte qu'il était déjà désuet et surprotecteur à l'heure de son adoption, notamment parce qu'il ne reconnaissait pas l'impact des nouvelles technologies²⁵. Cependant, l'intérêt théorique de cette solution s'est rapidement effacé devant ses inconvénients pratiques : *« la survie de certaines des plus grandes industries du monde dépend en partie de la protection efficace de leurs droits de propriété intellectuelle... Une modification complète du cadre de la propriété intellectuelle aurait pu avoir un effet dévastateur en obligeant chaque entreprise à s'adapter. Les coûts de transition auraient été énormes. Les industries, inventeurs, créateurs, décideurs tribunaux et autorités administratives auraient probablement été obligés de faire des efforts déraisonnables pour comprendre et appliquer les nouvelles formes de protection »*²⁶.
- D'autre part, ils ont préféré choisir une simple mise à jour des règles déjà existantes²⁷. Comme nous l'avons vu, l'examen des traités internationaux existants en la matière a démontré l'existence de certaines lacunes. En effet il n'a pas été nécessaire de créer de nouveaux droits, puisque les autres traités internationaux disposaient d'une base suffisamment solide sur laquelle construire l'Accord sur les ADPIC. Toutes les dispositions de fond de la Convention de l'Union de Paris ont ainsi été adoptées par renvoi²⁸. Les nouveaux droits ajoutés, tels que les indications géographiques, le droit de location, etc. représentent au final une part très limitée de l'Accord sur les ADPIC. Ce dernier brille alors par l'ajout, pour la première fois au niveau multilatéral, d'une série de règles d'application entièrement nouvelles qui constituent sa partie III.

De ce choix, Terence STEWART en titre la conclusion suivante : *« L'accord répond nettement au mandat de négociation initial énoncé en Uruguay en 1986. Il s'agit bien d'un*

²⁵ J.-H. REICHMAN, « From free riders to fair followers : global competition under the TRIPS Agreement », 9 New York University Journal of International Law and politics 11, 1996-1997, pp. 27-28.

²⁶ D. GERVAIS, « L'Accord sur les ADPIC », op. cit., p. 169.

²⁷ M.-A. HAMILTON, « The TRIPS Agreement : imperialistic, outdated, and overprotective », 29 Vanderbilt Journal of transnational law 613, 1996, pp. 614 et 615.

²⁸ Tel est le cas également des dispositions de la convention de Berne, à l'exception de son article 6bis.

accord intégral qui freinera de façon importante les actions unilatérales des signataires... Cependant, l'Accord a aussi ses critiques. Toutes les parties ont « gagné » et « perdu » à l'égard de questions importantes. Dans quelques pays, certaines industries s'inquiètent énormément du compromis... Néanmoins, l'occasion d'obtenir des règles multilatérales et des mécanismes d'application pour un si grand nombre de questions disparates sera probablement considérée comme l'une des réalisations importantes »²⁹.

L'accord sur les ADPIC, et les évolutions qu'il a subies au fil des conférences ministérielles depuis 1995, sont alors partie intégrante de la délimitation de notre sujet.

14. L'évolution des politiques. Enfin, il est important de tenir compte de l'évolution politique de chaque pays qui nous permet de catégoriser la chronologie de notre étude en fonction des grands lignes politiques des différents partis politiques au pouvoir. Ainsi, nous constaterons que la majeure partie des traités bilatéraux américains que nous étudions ont été conclus sous l'Administration BUSH, suivant un mode diplomatique spécifique, qui diffère sur certains points de celui de l'Administration OBAMA. Ces différences se remarqueront notamment dans le recul des Etats-Unis sur certains grands principes du bilatéralisme américain tels que la réversibilité du vivant et la biodiversité.

B – Délimitation géographique : entre relations internationales et relations interétatiques.

15. Une pluralité d'ordres juridiques. La délimitation géographique de notre étude est inhérente à l'énoncé du sujet. Ce dernier doit en effet être étudié d'un point de vue international. Or, une étude généralisée du droit international public nous montre que ce dernier se constitue d'une pluralité d'ordres juridiques :

- Nous trouvons en premier lieu l'ordre étatique. Il s'agit de l'ensemble des normes produites selon des modes internes à chaque Etat et il existe dès lors autant d'ordres étatiques qu'il existe d'Etats. Bien que son mode de production soit formellement interne, sa nature lui permet de régir les relations internationales, et notamment les

²⁹ T.-P. STEWART, « The GATT Uruguay Round : a negotiating history (1986-1992) », Kluwer, 1993, p. 2313.

relations transnationales, qui s'établissent entre un Etat et un ressortissant étranger. Les relations transnationales n'ont cependant pas à être prises en compte au sein de notre étude étant donné qu'elles sont régies d'une part par la règle du traitement national, et d'autre part par le principe de territorialité de limitation selon lequel un droit de propriété intellectuelle n'a d'effet que dans le territoire du pays au sein duquel il a été accordé. Le principe de territorialité connaît quelques exceptions, telles des reliquats de la colonisation, dont l'impact sur l'harmonisation du droit des brevets est minime. Notons simplement qu'un nombre restreint de pays reconnaissent encore aujourd'hui les titres de propriété délivrés dans un pays tiers ou encore acceptent une application directe de la loi étrangère sur leur territoire³⁰. Une telle étude nécessite une approche comparatiste, aussi bien sur le plan juridique que politique. Afin de faciliter notre étude, nous avons privilégié non pas une comparaison géographique prenant compte d'un nombre délimité de pays, mais une comparaison thématique, prenant compte de toutes les législations pertinentes pour un même point de droit.

- En second lieu, l'ordre interétatique est celui « *produit par l'action conjointe des Etats parties à la relation qu'il s'agit de régir, pris isolément ou au sein d'un ensemble plus large d'Etats* »³¹. Il ne peut dès lors être imputé à une entité hiérarchique unique, Etat ou organisation internationale, et se définit comme un ordre juridique collectif. Il ne peut alors lui être objecté ni l'égalité théorique des Etats parties, puisque ces derniers s'y soumettent simultanément, ni leur souveraineté, puisqu'il n'existe aucune hiérarchie entre eux. Il existe alors autant d'ordres interétatiques qu'il existe de traités bilatéraux ou multilatéraux non-institutionnalisés. Notons cependant que ces ordres sont des fictions juridiques car ils n'ont d'existence que dans leur intégration dans les ordres nationaux
- Enfin, les relations internationales peuvent être soumises à un ordre international, dont les normes sont produites par une entité institutionnalisée au sein de laquelle s'intègrent les Etats-membres. Il nous faut cependant noter la limite mise en avant par Jean COMBACAU et Serge SUR : « *si les organisations internationales disposent à*

³⁰ Tel est le cas par exemple du Myanmar, dont la loi de 1946 renvoie encore aujourd'hui à l'application sur son territoire du système de protection instauré en Inde. Ce type de renvoi était également fréquent dans les pays du Commonwealth concernant la loi britannique avant 1995.

³¹ J. COMBACAU et S. SUR : « droit international public », Montchrétien, 2012, p. 3.

l'égard des Etats qui en sont membres de certains pouvoirs normatifs, ils ne font pas d'elles des super-Etats entretenant avec leurs membres un rapport hiérarchique, ni du droit qu'elles produisent les éléments d'un ordre juridique propre, supérieur à celui des Etats membres : le droit produit par les organisations qui regroupent les Etats n'appartient pas à un ordre juridique nouveau auquel chacune d'elles offrirait un cadre institutionnel comme l'Etat le fait à l'ordre juridique interne ; il appartient banalement à l'ordre juridique interétatique... »³². Autrement dit, l'ordre international doit être considéré comme une fiction ayant pour objectif de démarquer l'institutionnalisation du processus de création de droit sans pour autant reconnaître un véritable pouvoir législatif aux organisations internationales. Il est alors intéressant de remarquer la création d'organisations de plus en plus matures qui finissent peu à peu par échapper à cette logique car les Etats qui les ont instituées n'en sont pas seulement les membres mais également les sujets de droit.

16. De l'ordre interétatique à l'ordre international. L'intérêt de cette typologie se retrouve alors dans le fait qu'au même titre que la dualité existante entre les systèmes d'internationalisation et de mondialisation du point de vue économique, il existe du point de vue juridique une dualité entre le développement des ordres interétatique et international : De relations purement bilatérales, nous entrons dans l'ère des organisations internationales comme l'OMPI, qui s'inscrit davantage dans un mouvement d'internationalisation, et l'OMC, créée dans un cadre dénué de transfert de compétence législative, mais qui connaît une évolution vers un système de mondialisation et un développement bien plus mature de son cadre institutionnel. La voie du régionalisme connaît le même processus puisque l'Union européenne représente aujourd'hui l'ordre international le plus mature, allant jusqu'à dépasser la fiction pour créer un véritable ordre juridique.

C – Délimitation matérielle : définition des termes du sujet.

17. Difficultés de définitions de l'harmonisation du droit. Le terme « harmonisation » est certainement le terme le plus difficile à définir. Nous constatons en effet une utilisation

³² J. COMBACAU et S. SUR : « droit international public », op. cit., p. 3.

hasardeuse, très rarement définie, les auteurs préférant, à raison, laisser le contexte de son utilisation déterminer son acception. Il est vrai que pour ce type de notion floue, la simple constatation de faits est souvent plus constructive que toutes les conjectures hypothétiques d'une analyse formelle. Cependant, cette absence d'« harmonisation » dans la définition de ce terme abouti à deux tendances. La première consiste à traduire l'harmonisation comme un synonyme d'uniformisation au sens stricte³³. La seconde consiste à considérer l'harmonisation du droit comme une adaptation de ce dernier au contexte international. C'est ce qui peut en effet ressortir des propos de certains auteurs, comme le comparatiste Martin BOODMAN, selon lequel l'harmonisation est une phase par laquelle « *divers éléments sont combinés ou adaptés les uns aux autres de façon à former un tout cohérent, tout en permettant à ces éléments de conserver leur individualité* »³⁴, ou encore Denis KESSLER, qui relève, à propos de l'Accord sur les ADPIC, que « *certain critères de protection requis paraissent (justement) inspirés de droits existants, notamment en Europe et aux Etats-Unis, qui n'auront donc pas à envisager d'adaptation* »³⁵.

Dès lors nous nous demandons pourquoi la difficulté de cette définition. Il s'avère en effet que, s'il existe autant de marge dans la définition juridique de ce terme, c'est parce qu'il ne s'agit pas d'un terme purement juridique mais bien d'un terme économique. Ainsi, nous ne devrions pas étudier l'harmonisation du droit mais l'harmonisation du marché au travers de processus visant le rapprochement des législations internes. De ce fait, l'harmonisation ne se définirait pas comme le processus en tant que tel, mais comme sa finalité, cette dernière étant « *de permettre la réalisation d'objectifs communs* »³⁶.

Cette définition est par ailleurs confortée par le langage commun, le dictionnaire définissant lui-même l'harmonisation comme l'action visant à accorder, mettre en commun, ou établir des proportions heureuses entre plusieurs choses³⁷.

³³ Par exemple, J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-L. PIERRE, « droit de la propriété industrielle », op. cit., p. 482.

³⁴ M. BOODMAN, « the myth of harmonisation of laws », Association canadienne de droit comparé et association Québécoise de droit comparé, 1992, p. 129.

³⁵ M. KESSLER, « L'internationalisation des droits intellectuels », 1994 Int'l Bus. L.J. 805, 1994.

³⁶ J. BOULOUIS, « Droit institutionnel de l'Union Européenne », Montchrétien, 1997, p. 196.

³⁷ Définition tirée du Larousse Encyclopédique, France Loisir, 1978, vol.11, p. 4466.

18. Définition juridique. La doctrine a cependant toujours souhaité introduire cette notion dans la matière juridique en modifiant l'angle de vue et en lui rattachant un mode de fonctionnement au lieu d'une finalité. Or, d'une part la finalité se définit aujourd'hui en termes d'intégration ou de coordination. D'autre part, la définition juridique de l'harmonisation apparaît, et les définitions juridiques de l'uniformisation et de l'unification se restreignent, en fonction du degré d'engagement des Etats dans la recherche d'une solution commune aux problèmes juridiques dont ils doivent faire face. Ainsi :

- L'harmonisation devient un processus qui se contente d'un rapprochement autour de principes juridiques communs, par l'adoption de normes laissant une certaine marge d'appréciation à son destinataire³⁸. Ce mode d'action offre *« l'avantage de la souplesse et d'accorder aux Etats une sorte de droit à la différence : il permet de renvoyer à l'application du droit interne, soit pour tenir compte des nationalismes irréductibles, soit sur les points où les divergences ne créent pas d'importantes distorsions de concurrence »*³⁹. Autrement dit, la reconnaissance de la marge d'appréciation permet le pluralisme⁴⁰. Cette notion trouve son origine dans la Cour Européenne des Droits de l'Homme : *« le juge international est en effet destinataire intermédiaire, d'abord récepteur de la norme internationale, puis, même s'il s'en défend, émetteur indirect de normes à l'intention des autorités nationales... Mais le droit communautaire est plus développé et plus précis que celui des droits de l'homme, aussi la marge nationale [d'appréciation] semble –t-elle le plus souvent relever, dans les exemples étudiés ici, du législateur international lui-même, émetteur direct de la norme. Elle est accordée de façon tantôt explicite (par le jeu de directive ou de principes directeurs), tantôt implicite (principe de subsidiarité ou mécanisme de renvoi au droit interne pour régler certaines questions). Toutefois, une marge peut être aussi introduite de son propre chef par le récepteur, soit qu'un Etat exprime une réserve lors de la ratification d'une convention, soit que le législateur, ou parfois le juge national, opère une transposition a minima en droit interne, au risque, dans les*

³⁸ M. DELMAS-MARTY, « Le phénomène de l'harmonisation : une expérience contemporaine », in « Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit », société de législation comparée, 2003, p. 39

³⁹ J. ANFOSSI-DIVOL, « L'usage et l'enregistrement, éléments essentiels de l'harmonisation du droit des marques », Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p. 27

⁴⁰ M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », RIDC, 2000, p. 753.

cas extrêmes, d'une renationalisation de la norme internationale »⁴¹. La technique de la marge nationale doit alors être suivie par un mécanisme de contrôle susceptible de sanctionner les écarts jugés incompatibles avec la finalité poursuivie, car « à défaut d'un tel contrôle, la notion de marge peut conduire à un pluralisme de juxtaposition qui tend à la négation de l'idée même d'intégration juridique »⁴². L'Accord sur les ADPIC est l'exemple-type de l'outil d'harmonisation en couplant à la fois une obligation d'instaurer un minimum de protection et mécanisme de règlement des différends.

- Unification et uniformisation se retiennent à un objectif consistant en l'adoption de règles identiques au sein des différents ordres internes concernés. Aucune marge d'appréciation n'est laissée à l'Etat qui doit appliquer la norme telle qu'elle est énoncée, seul le pouvoir d'appréciation du juge interne pouvant influencer son application à l'espèce. Unification et uniformisation se distingue du fait que l'unification consiste en la substitution d'un ordre unique à la pluralité des ordres internes, tandis que l'uniformisation, en l'absence de hiérarchie établie entre un ordre international et les différents ordres internes, insère dans chacun des ordres considérés des règles identiques. La Convention de l'Union de Paris, est alors un exemple typique d'uniformisation du droit, ce qui démontre encore une fois un paradoxe dans le développement du droit international des brevets selon des processus d'harmonisation au sein de l'OMC, et d'uniformisation, au sein de l'OMPI.

19. Le droit des brevets. Le brevet est une notion plus facilement appréhendable. Selon les professeurs Carine BERNAULT et Jean-Pierre CLAVIER, le brevet d'invention est : « *un titre destiné à assurer la protection d'une invention. Son titulaire dispose d'un monopole d'une durée maximale de vingt ans quant à l'exploitation industrielle et commerciale de l'invention. Le brevet permet ainsi de transformer un avantage technique, souvent éphémère*

⁴¹ M. DELMAS-MARTY (sous la direction de), « Critique de l'intégration normative », PUF, 2004, pp. 17-18.

⁴² Idem, p.19.

compte tenu de la facilité avec laquelle les concurrents peuvent reproduire l'invention, en un avantage concurrentiel durable »⁴³.

Le choix de limiter notre étude au droit des brevets s'explique alors en fonction des considérations suivantes :

- D'une part, le droit des brevets connaît, tout comme le droit des marques, un principe de territorialité lié à la délivrance d'un titre, dès lors que le droit issu de ce titre n'a d'effet qu'à l'intérieur de l'ordre juridique qui l'a créé. La résistance du principe de territorialité semble incongrue face à la création d'un droit international des brevets qui, dans certains cas, ont pour conséquence la modification des frontières du territoire reconnu. Tel est le cas, par exemple, pour le brevet européen où un unique titre est valable dans les territoires de tous les Etats-membres de l'OEB, et coexiste avec les brevets nationaux. Cependant, si certains auteurs ont milité pour la création d'un brevet international, ce dernier ne semble pas être à l'ordre du jour⁴⁴. Pourtant la territorialité des brevets est un frein au système de mondialisation qui tend à l'unification des marchés, et par conséquent à l'unification des droits, ce qui explique en partie la concurrence entre l'unification et l'harmonisation que nous retrouvons au sein des traités internationaux.
- D'autre part, les statistiques de brevets représentent l'un des principaux indices macro-économiques de développement. En effet, le lien entre innovation et croissance économique n'est aujourd'hui plus à démontrer. Or on peut se demander si le processus de mondialisation est favorable à l'innovation. Selon Jean-Hervé LORENZI et Alain VILLEMEUR, *« la réponse n'est nullement évidente, car deux phénomènes contraires se conjuguent. La transformation des marchés dynamiques, de pays qui sont de formidables réservoirs de main-d'œuvre bon marché, ne va pas dans le bon sens. Dans les économies développées, elle incite à promouvoir la compétitivité par les prix, qui se manifeste par exemple par des délocalisations. L'abondance du travail à bas cout pénalise donc l'innovation technologique... En sens contraire, l'élévation rapide du capital humain dans les pays émergents contribue à accroître leur capacité*

⁴³ C. BERNAULT et J-P. CLAVIER, « Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle », Ellipses, 2015, p. 49.

⁴⁴ P.-E. GELLER, « Le brevet international : une utopie ? », propriétés intellectuelles, janvier 2004, n°10, p. 503.

d'innovation, ce qui pourrait renforcer, au travers de la concurrence, la nécessité d'innover dans les économies développées »⁴⁵. La balance entre ces deux phénomènes est cependant aujourd'hui incertaine face aux nouveaux enjeux technologiques : Si les pays développés ont perdu leur incitation à l'innovation, la capacité d'innovation des pays émergents continue d'être trop souvent cantonnée à « l'adaptation de technologies occidentales »⁴⁶.

20. Articulation des termes du sujet. L'énoncé de notre sujet étant divisible, il présente deux notions distinctes que nous devons imbriquer ou confronter afin de déterminer l'angle d'attaque de notre étude. Ainsi, nous constatons d'une part que le droit des brevets, par son caractère éminemment économique, est un exemple intéressant pour étudier les spécificités juridiques induites du processus d'harmonisation, et plus particulièrement le processus diplomatique. D'autre part, l'étude même du droit des brevets nous montre les modifications apportées par le processus d'harmonisation. Ces deux aspects du sujet ne sont pour autant pas inconciliables, puisque, nous le verrons tout au long de notre étude, chaque étape du cycle d'harmonisation du droit des brevets nous oblige à étudier le contenu même de ce droit harmonisé.

II – Méthodologie du travail de recherche.

21. Problématique. L'objet de la présente étude est de confronter la légitimité d'une harmonisation internationale du droit des brevets face aux intérêts divergents des Etats acteurs de sa construction. Ainsi, face à l'accroissement de l'importance politique et économique des fora internationaux, quel est aujourd'hui le degré de liberté des Etats dans la définition de leur propre système de protection ? Pour répondre à cette question, nous partons sur le postulat que le contexte économique et politique du droit des brevets place les négociations sur un plan hégémonique (A). Grâce aux outils que nous mettons en évidence (B), nous affirmons que l'harmonisation internationale du droit est cyclique, son adaptation n'ayant pas lieu grâce à un changement de contenu mais un changement de forum de négociation ou d'ordre juridique (C)

⁴⁵ J.-H. LORENZI, « L'innovation au cœur de la nouvelle croissance », *Economica*, 2009, p. 15.

⁴⁶ *Idem*, p. 16.

A – Postulat de recherche.

22. Contextualisation du sujet. Nous tenons pour acquis le contexte des négociations portant sur le régime international des brevets : aussi bien le contexte politique en affirmant que le régime international des brevets s'est construit grâce à des rapports de domination de type hégémonique (1), que le contexte économique en mettant en avant l'impact des crises économiques successives sur l'avancement des négociations (2).

1 – Les rapports hégémoniques

23. De l'impérialisme à l'hégémonie. Pour comprendre le processus d'harmonisation du droit des brevets, il nous faut accepter comme postulat de base l'asymétrie des intérêts et les rapports de domination existant entre les Etats. Il est en effet communément admis que les Etats-membre de l'OMC ne partagent pas les mêmes intérêts en matière de protection des inventions⁴⁷ : les pays émergents auraient généralement tendance à adopter des règles souples afin de permettre un accès avantageux aux technologies nouvelles alors que les principaux pays pourvoyeurs de technologie rechercheraient la protection des intérêts commerciaux des titulaires des droits de propriété intellectuelle via des règles plus strictes. Face à cette asymétrie, l'harmonisation du droit des brevets doit passer par une forme de domination dans laquelle l'Etat dominant exporte ses règles de propriété intellectuelle dans l'ordre juridique de l'Etat dominé. L'histoire du droit des brevets nous montre alors un basculement entre deux formes de domination : l'impérialisme et l'hégémonie.

L'impérialisme se définit comme le fait d'imposer les préférences d'un Etat à un autre qui aurait alors perdu une part de sa souveraineté⁴⁸ : « *la puissance impériale s'immisce dans les*

⁴⁷ C. PRIMO BRAGA et C. FINK, « The economic justification for the grant of intellectual property rights : patterns of convergence and conflict », in M. ABBOTT et D. GERBER, « Public policy and global technological integration », Kluwer, 1997, p. 266-284 ; J.-D. GAISFORD et S. RICHARDSON, « The TRIPs disagreement : should GATT traditions have been abandoned ? », The Estey Center Journal of International Law and Trade Policy, 2002, vol.1, n°2, p.137 ; D. MATTHEWS, « Globalising Intellectual Property Rights : the TRIPs Agreement », Roulegde, 2002, p. 109 ; E. COMBE et E. PFISTER, « le renforcement international des droits de propriété intellectuelle », Economie Internationale, 2001, vol. 85, p. 63 ; Banque Mondiale, « Intellectual Property : balancing incentives with competitive access », Banque Mondiale, 2001, p. 129.

⁴⁸ G. VANEL « Le concept d'hégémonie en économie politique internationale », Economie politique internationale, avril 2003, p.12 ; B. BADIE, « L'Etat importé : essai sur l'occidentalisation de l'ordre politique », Fayard, 1992, p. 51.

*affaires internes des autres Etats et impose des règles internationales sans leur consentement »*⁴⁹. On pourrait alors penser que tous les Etats qui ont adhéré aux traités internationaux, y ont consenti sans atteinte à leur souveraineté. On ne peut nier un certain aspect impérialiste au régime international des brevets. La plupart des ordres interétatiques permettant l'exportation de normes de propriété intellectuelle se sont établies au cours du XXe siècle. La première moitié de ce siècle s'est caractérisée par l'apogée et le déclin de la colonisation, et la seconde moitié par la guerre froide et l'ingérence directe de l'URSS dans les républiques populaires d'Europe et d'Asie. Cependant, cet aspect n'est pas le plus dominant, notamment avec l'adoption du GATT puis de l'Accord sur les ADPIC. Comme l'énonce Jean-Frédéric MORIN : « *les Etats dominants eux-mêmes ne privilégient pas l'impérialisme puisque cette forme de domination est incompatible avec les normes institutionnelles en place, du moins dans le régime des brevets et dans celui du commerce international pour lesquels la primauté de la règle de droit constitue un principe fondamental... L'histoire démontre qu'il peut être beaucoup plus efficace à long terme d'exercer une puissance sur une institution ou un système juridique, qui peut à terme contribuer à légitimer une relation de domination et assurer la continuité de celle-ci, plutôt que de recourir directement à l'emploi de la force militaire »*⁵⁰. Nous devons alors nous tourner vers l'hégémonie pour définir de mode de domination qui a permis la création du droit international des brevets.

La doctrine du début-de-siècle définissait déjà l'hégémonie par le consentement des acteurs dominés⁵¹ : le rapport de domination ne se concentre pas sur le consentement même de l'Etat dominé, mais sur les circonstances conditionnant le consentement. L'Etat dominant est alors celui qui réussit à structurer le champ d'action de ses partenaires afin de le persuader d'adopter une norme défavorable : l'hégémonie est « *une situation dans laquelle un Etat est suffisamment puissant pour maintenir la règle essentielle régissant les relations interétatiques »*⁵².

⁴⁹ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », Larcier, 2007, p. 42.

⁵⁰ Idem, p. 43.

⁵¹ E. MORERA, « Gramsci's historicism : a realist interpretation », Routledge, 1990, p. 165.

⁵² R. KEOHANE et J. NYE, « Power and Interdependence », Haper Collins, 1989, p. 44 (traduction).

John IKENBERRY et Charles KUPCHAN distinguent deux formes d'exercice de l'hégémonie : « *Il existe deux façons fondamentales pour qu'une nation hégémonique puisse exercer son pouvoir et s'assurer le consentement des autres nations. Le premier est en manipulant un système matériel d'incitation... Le second est en modifiant les croyances substantielles des dirigeants d'autres nations* »⁵³. La première forme d'exercice est la capacité de coercition et se définit comme la capacité de sanctionner ou d'offrir des compensations dont le but est d'altérer les intérêts du partenaire commercial. La seconde est la capacité de socialisation, et se définit comme la capacité d'influencer le comportement du partenaire commercial en lui transmettant certaines valeurs sociétales dans le but d'altérer son cadre normatif. Pour cela, le pays dominant « *doit convaincre les acteurs dominés, généralement par le biais d'acteurs non étatiques, que les normes qu'ils proposent s'intègrent aux normes qui sont déjà acceptées et perçues comme légitimes* »⁵⁴.

La simple association de ces deux formes d'exercice ne suffit cependant pas à caractériser l'hégémonie. Leur utilisation doit avoir pour effet de structurer le champ d'action du partenaire commercial. L'hégémonie peut alors être attestée, comme le démontre Eric AGOSTINI, par l'exportation du droit des brevets, notamment soit au sein des ordres internes des partenaires commerciaux, soit au sein de l'ordre international. Or, sur ce point, Jonathan MILLER classe l'Accord sur les ADPIC dans la catégorie des « *transplantations juridiques imposées de l'externe* »⁵⁵.

24. La clause coloniale de l'Union de Paris. La Convention de l'Union de Paris se prête volontiers à une perspective finaliste⁵⁶ : pour certains auteurs, elle constitue le premier régime international des brevets qui s'intéresse aux pays émergents⁵⁷. Pour d'autres, elle porte surtout

⁵³ J. IKENBERRY et C. KUPCHAN, « Socialization and hegemonic power », *International organization*, 1990, vol. 44, n°3, p. 285 (traduction).

⁵⁴ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », *op. cit.*, p. 47.

⁵⁵ J. MILLER, « A typology of legal transplants : using sociology, legal history and argentine examples to explain the transplant process », *American Journal of Comparative Law*, 2003, vol. 51, p. 848.

⁵⁶ G. GALVEZ BEHAR, « Les empires et leurs brevets, XIXe – XXe siècle », HAL, 28 juin 2013, p. 1.

⁵⁷ C. DEERE, « The Implementation Game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries », Oxford University Press, 2008, p. 37.

en elle une vision impérialiste liée à la colonisation⁵⁸, notamment grâce à la clause coloniale de l'article 16bis du texte de Lisbonne. Cependant, si la colonisation a eu un impact certain sur l'harmonisation du droit des brevets⁵⁹, l'idée communément admise selon laquelle les puissances coloniales ont obligé leur colonie à adhérer à l'Union de Paris n'est pas si évidente. Au contraire, le cas des colonies s'est révélé périlleux et a nécessité beaucoup de prudence. Concernant les empires paternalistes privilégiant le respect des législations locales, le choix d'adhérer à l'Union appartenait à la colonie. Tel a été le cas de l'Empire britannique dont le représentant précisait qu'en 1900, seul le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande était engagé⁶⁰. Paradoxalement, les empires prédateurs ont également préféré exclure leurs colonies, craignant « *que [leur] inclusion territoriale dans le ressort de l'Union ne puisse être perçue comme une reconnaissance de leur souveraineté* ». L'exemple est celui de l'Empire espagnol, dont le représentant a annoncé lors de la conférence de Bruxelles de 1897 que les colonies de Cuba⁶¹, de Porto Rico et des Philippines n'étaient pas concernées par l'Union⁶². Ainsi, si l'Union de Paris a, dans ses fondements, été impérialiste, il s'avère en pratique que l'adhésion des pays émergents dans son ressort, après leur indépendance, a suivi un régime hégémonique.

25. L'accord sur les ADPIC. Le parallèle avec le traité régi par l'OMC est alors tentant : « *l'ADPIC serait au néo-colonialisme ce que les Unions de Paris et de Berne seraient à l'impérialisme* »⁶³. De nombreux auteurs qualifient en effet le régime international des brevets issu de l'Accord sur les ADPIC comme du néoféodalisme⁶⁴, du néocolonialisme⁶⁵ ou encore

⁵⁸ D. LONG, « The Continuation of the Geographic Boundaries of Empire in the New Digital Order », International Society for the History and Theory of Intellectual Property Workshop, 2010, p. 24.

⁵⁹ Cf n°40 et s.

⁶⁰ Bureau international de l'Union, « Actes de la Conférence réunie à Bruxelles du 1er au 14 décembre 1897 et du 11 au 14 décembre 1900 », OMPI, 1901, p. 391.

⁶¹ La colonie de Cuba, en pleine guerre d'indépendance lors de la Conférence de Bruxelles, adhère à l'Union en 1904.

⁶² Bureau international de l'Union, « Actes de la Conférence réunie à Bruxelles du 1er au 14 décembre 1897 et du 11 au 14 décembre 1900 », op. cit., p. 202.

⁶³ G. GALVEZ BEHAR, « Les empires et leurs brevets, XIXe – XXe siècle », op. cit., p. 1.

⁶⁴ D. VAVER, « Intellectual property today : of myths and paradoxes », Revue du barreau canadien, 1990, vol. 69, p. 98.

⁶⁵ R.-J. COOMBE, « Cultural and intellectual property : occupying the colonial imagination », Political and Legal Anthropology Review, 1993, vol. 16, p. 8 ; N.-N. SEERATAN « The negative impact of intellectual property patent rights on developing countries : an examination of the Indian pharmaceutical industry », St Mary's Law Review on Minority Issues, 2001, vol. 3, p. 339.

du néoimpérialisme⁶⁶. Or, à l'instar de Jean-Frédéric MORIN, nous pensons que l'emploi de ces termes relève davantage de la figure de style que de l'analyse même des mécanismes d'exportation du droit.

La position de ces auteurs se fonde en effet sur deux confusions :

- La première est une confusion entre l'ordre hégémonique et l'ordre imposé. Lisa MARTIN qualifie l'Accord sur les ADPIC d'arrangement de persuasion⁶⁷ par opposition aux accords de coopération et Oran YOUNG qualifie les arrangements de persuasion d'ordre imposé, par opposition aux ordres spontanés ou négociés⁶⁸. Autrement dit, puisque l'Accord sur les ADPIC ne répond pas aux intérêts de l'ensemble des membres de l'OMC, certains acteurs dominants ont établi un rapport de force afin que leurs préférences soient adoptées comme normes communes. L'ordre imposé est donc une catégorie de base qui se divise selon le mode de domination exercé. Si la domination est directe, l'ordre imposé devient un ordre impérialiste. Si la domination relève du consentement de l'Etat dominé, l'ordre imposé devient un ordre hégémonique. L'Accord sur les ADPIC, dont l'adoption résulte d'une combinaison d'influence, de coercition et de compensation, entre alors dans la seconde sous-catégorie. Nous pouvons donc affirmer que les termes renvoyant à l'impérialisme sont en réalité pris dans leur acception péjorative afin de critiquer l'existence même des ordres imposés.
- La seconde est une confusion entre hégémonie et leadership. Dans son enquête sur les négociations internationales des règles de propriété intellectuelle, la Commission britannique avoue que l'Accord sur les ADPIC représente un coût pour les pays émergents, au profit des pays les plus industrialisés. Cependant, le partage des coûts inhérents à l'établissement d'un régime juridique n'est pas un critère de différenciation de l'hégémonie et de l'impérialisme, mais distingue l'hégémonie du leadership. En cas de leadership, les pays dominants supportent l'ensemble des coûts, permettant à

⁶⁶ J.-C. GALLOUX, « L'impérialisme du brevet », in E. MACKAAY, « Nouvelles technologies et propriété », *Thémis*, 1991, p. 111.

⁶⁷ L. MARTIN, « Interests, power and multilateralism », *International Organization*, 1992, vol. 46, p. 777.

⁶⁸ T.-L. CLARCK, « The future of patent-based investigations under section 337 after the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 », *American University Law Review*, 1989, vol. 38, p. 1154.

l'ensemble des acteurs de tirer un bénéfice⁶⁹, alors qu'en cas d'hégémonie, les pays dominés supportent une partie, voire la totalité des coûts⁷⁰. Le leadership nécessite alors que les pays dominants soient bienveillants⁷¹. Or c'est cette absence de bienveillance qui est en partie critiquée au détour du néoimpérialisme.

2 – Un contexte de crises internationales.

26. La crise des négociations internationales. Avec l'échec de la conférence de Seattle, nous pouvons situer le point de départ de la crise actuelle des négociations au cours de l'année 1999, soit quatre ans après l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC. Cette crise s'est, par la suite, exprimée par l'échec de la conférence de Cancun ainsi que des phases de suspension et de reprise des négociations. Il est vrai que la création de l'OMC n'a pas remis en cause la règle de l'unanimité. Si cette dernière est nécessaire pour la sauvegarde de la souveraineté, elle est d'autant plus bloquante que d'une part, les garde-fous de l'Accord sur les ADPIC, à l'instar du régime préférentiel des pays les moins avancés, ne vont pas dans ce sens et d'autre part, le nombre d'Etats-membres a substantiellement augmenté avec l'adhésion et la montée en puissance de nouvelles économies comme la Chine ou l'Inde. Ce dernier pays a ainsi été en partie la cause des difficultés de négociations de l'accord final du cycle de Doha en demandant des mesures de sauvegardes spéciales sur l'agriculture.

Néanmoins la crise actuelle des négociations se situe dans un contexte spécifique : la libéralisation des échanges étant acquise, les négociations portent sur des points juridiques marginaux dont l'abandon aurait un coût politique supérieur aux gains économiques escomptés. Tel est le cas du droit des brevets qui, s'inscrivant comme un aspect périphérique du commerce international, subit les aléas d'une remise en cause de l'entier système mis en place par l'OMC : d'une part les questions de propriété intellectuelle sont secondaires et ne sont traitées qu'en second lieu par rapport aux questions prioritaires que sont le domaine alimentaire et le commerce des matières premières, d'autre part, elles dépendent du résultat de ces négociations prioritaires par un jeu de concession entre les Etats-parties.

⁶⁹ P. DRAHOS, « Information feudalism in the information society », *The information society*, vol. 11, p. 209.

⁷⁰ USTR, « Fact Sheet », *BNA's Patent, Trademark & Copyrights Journal*, 1989, vol. 38, p. 131.

⁷¹ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », *op. cit.*, p. 44.

La remise en cause du système actuel du commerce international s'est alors développée avec la crise financière asiatique de 1997, celle des « dot-com » de 2000 et surtout celle des « subprimes » de 2008 qui a vu s'effondrer plus de 38% du commerce international⁷².

27. L'impact de la crise alimentaire et des matières premières. La crise des « dot-com », qui a touché les industries informatiques et biotechnologiques au début des années 2000 a été suivie d'une forte reprise ayant conduit à une augmentation du prix des matières premières en générale, et des produits agricoles plus particulièrement. Comme le remarque Jean-Marc SIROEN : *« entre la conférence de Doha (novembre 2001) et le pic de juillet 2008, le prix des produits alimentaires a été multiplié par 2,3. L'explosion du prix des matières premières répond sans doute à une combinaison intempestive de facteurs aléatoires. Elle a certes été amplifiée par la spéculation : face à la crise des subprimes, à la chute du dollar, au retour à l'inflation, les matières premières seraient devenues la valeur refuge. Toutefois, la hausse des prix a précédé tous ces phénomènes et s'est accompagnée de la baisse tendancielle des stocks mondiaux... La crise alimentaire de 2007-2008 pourrait donc annoncer le passage d'une surproduction à une sous-production structurelle, ce qui inverse l'hypothèse de base de l'agenda de Doha »*⁷³.

En effet, le programme de Doha a reposé sur l'hypothèse d'une amplification de la production et d'une baisse des prix agricoles subséquente. Or,

- D'une part l'investissement et l'innovation nécessaires à l'amélioration de la production se confronte à la multiplication des contraintes de développement durable, aussi bien dans le domaine environnemental que social ou économique. Hors le programme de Doha, convaincu de la surproduction agricole, a mis en place en une dizaine d'années de nombreuses contraintes, notamment écologique, qui ont empêché l'utilisation de certaines techniques sans pour autant opérer de substitution adéquate dès lors que les avancées technologiques en matière d'industrie verte n'ont pas été aussi rapide.

⁷² J.-M. SIROEN, « L'OMC face à la crise des négociations multilatérales », Les études du CERI, 2009, n°160, p. 4.

⁷³ Idem, p. 15.

- D'autre part, les instrument soumis à la négociation « *n'apparaissent plus comme des instruments structurels permanents, mais de facto comme des moyens d'ajustement conjoncturel qui visent à protéger les producteurs – et la production future – en cas de baisse excessive des prix et les consommateurs en cas de hausse* »⁷⁴.

28. La crise des subprimes. De même, la crise financière de 2008 a entraîné une chute significative du commerce international qui aurait dû, normalement, ravivé les tensions protectionnistes. Il est alors étonnant que, mis à part quelques mesures dérisoires ou non liées à la crise, aucune mesure protectionniste significative n'a été mise en œuvre : l'adoption de telles mesures aurait inmanquablement été suivie de plaintes suivant le mécanisme de règlement des différends instauré par l'OMC, ce qui en l'espèce n'est pas le cas.

Cette absence de réaction ne peut s'expliquer uniquement à cause des contraintes imposées par l'OMC, cette dernière étant un rempart plutôt fragile contre le protectionnisme. D'une part les pays disposent d'un nombre conséquent d'instruments de protection, puisqu'ils ne s'engagent que sur un minimum légal et disposent ainsi d'un droit de consolidation. D'autre part, ils peuvent également recourir à la protection conditionnelle prévue par le GATT sous la forme par exemple de droits compensateurs ou de clauses de sauvegarde.

Par contre une explication possible résulte de l'argument de la rétorsion⁷⁵ : « *même si le protectionnisme pouvait aider un pays à atténuer les effets d'une crise économique, il aggraverait la situation des autres qui, à leur tour, adopteraient des mesures protectionnistes. Au final, la situation de tous se détériorerait dans un équilibre « perdant-perdant » (dilemme du prisonnier)* »⁷⁶. Cela ressort notamment du discours de Pascal LAMY : « *ce que je veux dire, c'est que le fait de tourner le dos à l'ouverture des marchés n'est pas une solution à la crise économique. Pour les pays tributaires du commerce qui se sont spécialisés en fonction de leur avantage comparatif, un tel recul risque de coûter très cher à l'économie. Qui plus est, la mise en place de nouveaux obstacles au commerce sera considérée comme du protectionnisme et risquera d'entraîner des mesures de rétorsion de la part des partenaires*

⁷⁴ Idem, p. 18.

⁷⁵ Cet argument est cependant à relativiser étant donné que l'interdiction des sanctions unilatérales prévue par l'OMC.

⁷⁶ J.-M. SIROEN, « L'OMC face à la crise des négociations multilatérales », op. cit., p. 21.

commerciaux. Les exportations d'un pays sont les importations de l'autre. Plutôt qu'une relance de l'économie, l'effet sera une aggravation de la crise mondiale »⁷⁷.

B – Outils de recherche.

29. Plan. Afin d'analyser les différentes législations nationales et internationales existantes en matière de brevet et démontrer, nous avons utilisé deux outils de recherche : l'analyse systématique des éléments de flexibilité nous permet de mettre en évidence le degré de marge de manœuvre des Etats en ce qui concerne la transposition des traités internationaux dans leur ordre interne (1), et la méthode de gestion de crise nous permet d'établir le rapport d'adéquation entre les paramètres des crises internationales actuelles avec les solutions proposées par les organisations internationales (2).

1 – Les éléments de flexibilité

30. De l'asymétrie à la flexibilité. Comme nous l'avons vu, l'harmonisation du droit implique l'existence de marges de manœuvre nationale. En effet, la doctrine s'accorde habituellement sur l'importance de la souplesse des traités internationaux dans leur mise en œuvre par les Etats signataires. Cette liberté d'action a d'abord pris la forme d'une asymétrie, avant que les experts de l'OMPI ne lui préfèrent le terme d'« éléments de flexibilité »⁷⁸.

Les premiers signes de régime asymétrique apparaissent au sein de la Convention de l'Union de Paris⁷⁹, qui prévoit dans son article 2.1 que « *les ressortissants de chacun des pays de l'Union jouiront dans tous les autres pays de l'Union, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, le tout sans préjudice des droits spécialement prévus par la présente Convention* ». Le traitement national, tel qu'il est énoncé ici, impose donc à chaque membre d'accorder aux ressortissants des autres membres, le bénéfice de protection accordée par sa loi nationale aux ressortissants nationaux. La Convention de Paris n'établissant pas de normes contraignantes minimales, les questions politiques importantes

⁷⁷ www.wto.org/french/news_f/sppl_f/sppl122_f.htm (consulté le 1er juillet 2016)

⁷⁸ Comité du développement et de la propriété intellectuelle, « Eléments de flexibilité relatifs aux brevets dans le cadre juridique multilatéral et leur mise en œuvre législative aux niveaux national et régional », CDIP/5/4, 1^{er} mars 2010.

⁷⁹ Le principe du traitement national se retrouve dans les quatre Conventions de base, à savoir Berne, Genève, Paris et Rome.

restent sujettes aux décisions des gouvernements⁸⁰. Par conséquent, les pays sont libres d'imposer leurs propres normes en matière de protection des brevets, qu'ils appliqueront à tous les ressortissants des pays-membres de l'Union.

Cependant, le principe du traitement national est à tempérer dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC. Même s'il est consacré de manière négative par son article 3 – lorsqu'il mentionne un « *traitement non moins favorable* »⁸¹ des ressortissants étrangers – l'OMC a préféré adopter une méthode différente, en établissant des normes minimales de protection que les Etats-membres doivent intégrer, dans les grandes lignes, au sein de leur législation interne. Bien que la mise en place de ce nouveau système se soit traduite par une réduction conséquente de la marge de manœuvre des Etats-membres, les pays émergents ont cherché à mieux cerner les options qui leur étaient offertes afin de garder une certaine cohérence entre la mise en œuvre de l'Accord et leur politique nationale. Ces options sont définies par la doctrine par la notion d' « éléments de flexibilité »⁸².

31. Nécessité de la flexibilité. Le thème des éléments de flexibilité fut étudié principalement dans la recommandation n°14 du Plan d'action pour le développement, selon lequel l'OMPI doit dispenser des conseils au pays émergents, au titre du devoir d'assistance technique, sur la compréhension et l'utilisation des marges de manœuvre prévues par l'Accord. Durant la

⁸⁰ Comité du développement et de la propriété intellectuelle, « Eléments de flexibilité relatifs aux brevets dans le cadre juridique multilatéral et leur mise en œuvre législative aux niveaux national et régional », op. cit, §18 : « *La Convention de Paris énonce certaines règles communes dont l'application est requise ou à prévoir dans le cadre de la législation nationale. Dans le domaine des brevets, il s'agit du droit de l'inventeur d'être mentionné dans le brevet (article 4ter), des questions relatives à l'importation d'articles couverts par les brevets, du défaut d'exploitation de l'invention brevetée et des licences obligatoires (article 5A), du délai de grâce pour le paiement de taxes pour le maintien des droits (article 5bis), de la limitation des droits de brevet lorsque l'invention brevetée porte sur un moyen de locomotion pénétrant temporairement sur le territoire d'un pays (article 5ter), de la protection d'un brevet de procédé lorsqu'un produit fabriqué à l'aide de ce procédé a été introduit dans un pays (article 5quater) et de la protection temporaire des produits figurant aux expositions internationales (article 11). Nombre de ces dispositions s'en remettent aux législations nationales du soin de légiférer sur un certain nombre de questions. Par exemple, l'article 11 fait obligation aux États membres d'accorder une protection temporaire aux produits qui figurent aux expositions internationales, en leur laissant le choix des moyens de mettre en œuvre cette protection dans le cadre de leur législation intérieure* ».

⁸¹ A notre avis, il n'y a pas de réelle conséquence à tirer de cette définition négative. Sur ce point : F. CURCHOD, « Le statut des étrangers en droit de la propriété intellectuelle : un retour en force du principe de réciprocité ? », in *Mélange en mémoire de Joseph VOYAME*, Lausanne-Payot, 1989, p. 65 et s.

⁸² Les éléments de flexibilité ne sont donc pas prévus de manière expresse dans les dispositions de l'Accord sur les ADPIC mais découlent de l'exercice normal de sa mise en œuvre au niveau national.

période de 2006 à 2009, cette assistance a pris la forme d'aide à l'élaboration des lois dans plus de quarante-neuf pays⁸³.

Certains experts⁸⁴ estiment que l'existence des éléments de flexibilité au sein de l'Accord sur les ADPIC se fonde sur la volonté des négociateurs de respecter l'autonomie politique des Etats-membres par une mise en œuvre assouplie des dispositions internationales. Ainsi, le terme « éléments de flexibilité » apparaît dans certains articles tels que le paragraphe 6 du préambule de l'accord : « [...] *les besoins spéciaux des pays les moins avancés Membres en ce qui concerne la mise en œuvre des lois et réglementations au plan intérieur avec un maximum de flexibilité pour que ces pays puissent se doter d'une base technologique solide et viable* »

De même l'article 66.1 dispose : « *Etant donné les besoins et impératifs spéciaux des pays les moins avancés Membres, leurs contraintes économiques, financières et administratives et le fait qu'ils ont besoin de flexibilité pour se doter d'une base technologique viable, ces Membres ne seront pas tenus d'appliquer...* ».

Ce terme a toutefois pris réellement son sens au cours de la Déclaration de Doha, les questions de la santé publique et de la brevetabilité des médicaments étant le point sensible de la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC, jusqu'à intégrer le vocabulaire de la communauté internationale. Nous le retrouvons aussi dans une étude de l'OMS⁸⁵ sur l'utilisation en matière de santé publique d'éléments tels que les licences obligatoires, les importations parallèles, l'exception pour examen réglementaire, ou les dispositions transitoires...

⁸³ Notamment : Afghanistan, Afrique du Sud, Andorre, Angola, Argentine, Bangladesh, Bhoutan, Bosnie-Herzégovine, Botswana, Brunei, Cambodge, CARICOM, Chine, Colombie, Costa Rica, Djibouti, El Salvador, Émirats arabes unis, Équateur, Forum des îles du Pacifique, Grenade, Guinée équatoriale, Honduras, Indonésie, Liban, Maldives, Marshall (îles), Monténégro, Népal, Nicaragua, OAPI, Pakistan, Panama, Paraguay, Pays de la SADC, Pérou, République centrafricaine, République dominicaine, Rwanda, Sainte-Lucie, Sénégal, Seychelles, Thaïlande, Trinidad-et-Tobago, Turkménistan, Ukraine, Uruguay, Vietnam et Zanzibar.

⁸⁴ Comité du développement et de la propriété intellectuelle, « Éléments de flexibilité relatifs aux brevets dans le cadre juridique multilatéral et leur mise en œuvre législative aux niveaux national et régional », op. cit., §29.

⁸⁵ OMS, « Has the implementation of TRIP Agreement in Latin America and the Caribbean produced intellectual property legislation that favors public health ? », Bulletin de l'Organisation Mondiale de la Santé, 2004, vol. 82, n°11.

32. Définitions. Selon Carolyn DEERE⁸⁶, les éléments de flexibilité sont l'ensemble des droits, des mesures de sauvegarde et des options que les membres de l'OMC peuvent utiliser au moment de transcrire un traité dans l'ordre interne. Nous considérons cependant cette définition incomplète puisqu'elle se limite au contenu même de l'Accord sur les ADPIC sans prendre en compte sa rédaction. En effet, la notion de flexibilité étudiée en droit international public consiste en la formulation imprécise des dispositions laissée à l'interprétation souveraine des Etats⁸⁷. Nous retrouvons ici la doctrine d'Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU⁸⁸ selon laquelle l'intérêt des notions floues est d'introduire des facteurs dont la nature ne peut être définie de manière générale et nécessite un contexte concret établi par les autorités compétentes pour les interpréter. Enfin, selon Elena GHANOTAKIS⁸⁹, nous devons également prendre en compte les mesures visant à neutraliser l'incidence des droits exclusifs, qui sont compatibles avec l'Accord sur les ADPIC, et qui visent, par exemple, la réduction des prix des médicaments, sans incidence sur l'avenir de la recherche pharmaceutique. Bien que nous reconnaissons son intérêt, nous nous bornerons ici à écarter ces mesures qui, malgré leur incidence sur l'Accord sur les ADPIC, en sont extérieures et n'interviennent pas directement dans sa mise en œuvre au niveau national.

Enfin, selon le comité du développement et de la propriété intellectuelle, ce terme signifie *« qu'il existe différentes options pour transcrire les obligations découlant de l'Accord sur les ADPIC, dans la législation nationale, de sorte que les intérêts nationaux soient pris en considération et que les dispositions et les principes prévus par l'Accord sur les ADPIC soient respectés. Cette définition délimiterait efficacement la portée de cette notion au moyen des éléments suivants : elle souligne l'idée que différentes options sont disponibles aux fins de la mise en œuvre ; elle renvoie au processus législatif de mise en œuvre, rappelant que la première étape pour tirer parti d'un élément de flexibilité consiste à le transcrire dans la législation nationale ; elle renvoie aux fondements des éléments de flexibilité, qui sont de*

⁸⁶ C. DEERE, « The implementation Game », op. cit., p. 68.

⁸⁷ Cf. article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969.

⁸⁸ E. MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, 1979, vol. 12, pp. 33-50 ; D. BOURCIER, « Argumentation et définition et droit ou 'les grenouilles sont-elles des poissons ?' », *Langages*, 1976, vol. 10, pp. 115-124.

⁸⁹ E. GHANOTAKIS, « Access to Medicines for developing Countries », *Journal of World Intellectual Property*, 2004, vol. 7, pp. 563-591.

prendre en considération l'intérêt national ; elle indique qu'un élément de flexibilité doit être compatible avec les dispositions et les principes du traité »⁹⁰.

2 – La schématisation des crises internationales

33. Une compétence en gestion de crise. L'accessibilité du droit due à la centralisation des normes, la préservation des fora de discussions et la forte médiatisation des litiges portés devant l'ORD, exacerbée par le rôle de plus en plus important des ONG, font de l'OMC à la fois une tribune et une caisse de résonance de problèmes dont l'origine est extérieure⁹¹. Rappelons en effet que l'OMC n'a théoriquement pas de responsabilité d'initiative.

Cette particularité que possède l'organisation d'absorber l'amplification de l'information par les acteurs en présence (Etats, ONG et médias) lui offre une légitimité non négligeable en matière de gestion de crise. Ainsi, ces dernières années, les négociations sur le commerce international ont peu à peu fait place aux questions sur les risques de mise en péril d'une population, par le biais de la santé publique, de la crise économique ou de l'appauvrissement des ressources biologiques. La gestion de crise se déterminera alors par la mise en place au sein de l'organisation des moyens de prévention, de prévision et de protection des risques touchant de près ou de loin le domaine juridique des brevets.

34. L'effet de résonance : la réponse à l'excitation. Nous pouvons aisément comparer le processus de gestion de crise au principe physique de résonance selon lequel la réponse à l'excitation se calcule sous la forme d'une équation mettant en jeu l'amplitude de l'excitation et la masse (ou l'inertie) de l'objet excité. Adaptant ce principe à ce que nous pouvons appeler une « excitation sociale », nous affirmons que la réponse adaptée à une crise est proportionnelle aux rapports établis entre l'amplitude de cette crise⁹² et la « masse » et la « raideur » des moyens mis à disposition de l'organisation. Il est bien entendu que ces

⁹⁰ Comité du développement et de la propriété intellectuelle, « Eléments de flexibilité relatifs aux brevets dans le cadre juridique multilatéral et leur mise en œuvre législative aux niveaux national et régional », op. cit, §34.

⁹¹ C. DEBLOCK, « L'Organisation Mondiale du Commerce : où s'en va la mondialisation ? », Fides-Le Presse, 2002, p. 222.

⁹² L'évaluation de cette amplitude s'effectue notamment par la prise en compte du taux de morbidité de la crise, de son extension géographique, de sa médiatisation, et de l'incapacité des autorités nationales d'y remédier, imposant ainsi à l'OMC un caractère subsidiaire.

éléments sont non-quantifiables et devront faire appel à un jugement de valeur qui devra être le plus objectif possible.

Cet outil a donc l'intérêt de ne pas étudier la crise en question du point de vue purement diplomatique des intérêts contradictoires en jeu, mais de regarder les mesures négociées dans leurs aspects purement formels et de mettre en exergue l'équilibre entre la force corrective de la mesure en question, et sa difficulté de mise en œuvre.

Il en résultera, et nous le verrons par exemple pour les mesures de protection de la diversité biologique⁹³, malgré leur force corrective satisfaisante pour les pays émergents, les difficultés de mise en œuvre des mesures de divulgation de l'origine des ressources ne permettront pas la résolution de la crise.

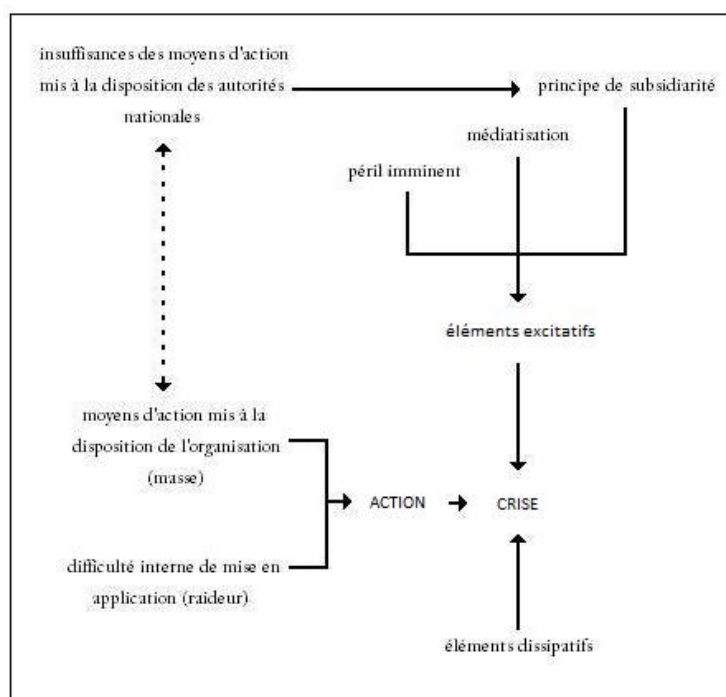


FIGURE N°1 : CONCEPTUALISATION DE LA GESTION DE CRISE

⁹³ Cf. n°381 et s.

35. L'effet de résonance : La rupture du système oscillatoire. L'effet pervers de ce système est que l'OMC se transforme peu à peu en un condensateur qui accumule l'énergie produite par l'excitation sociale jusqu'à un point de rupture caractérisé par le blocage quasi-systématique des négociations. L'image est ici celui d'un pont soumis à des vibrations. La structure accumule une énergie potentielle qui, à défaut d'éléments dissipatifs, provoque son effondrement. Le cas s'est produit lors de la Conférence ministérielle de Doha de 2001 où le groupe africain et le groupe des pays les moins avancés avaient clairement affirmé le blocage de tout nouveau cycle de négociations⁹⁴ si aucune entente n'était conclue pour apaiser la crise liée à l'accès aux médicaments.

L'existence d'amortisseurs dont le but est de dissiper l'énergie accumulée par l'organisation n'est pourtant pas à exclure. Une logique de compensation préservant le droit des brevets en remplaçant le débat autour des programmes de développement a largement contribué à l'acceptation de la Déclaration de Doha par les pays émergents. Ainsi, le gouvernement américain et les firmes pharmaceutiques ont-ils tenté de détourner l'attention portée sur l'Accord sur les ADPIC par la mise en place d'un programme d'assistance aux pays menacés par l'épidémie du SIDA⁹⁵ ainsi qu'une augmentation significative des actes de charité en faveur du développement : ainsi, « *la politique américain a longtemps eu pour objectif de discréditer toute association entre une protection accrue par le brevet et l'accès aux médicaments antirétroviraux pour les populations infectées par le VIH* »⁹⁶.

36. Effet de résonance : la synchronisation. L'intérêt que nous portons à la légitimité de l'OMC en matière de gestion de crise tient alors dans la synchronisation des actions gouvernementales qui sont bénéfiques au processus d'harmonisation internationale du droit des brevets. En effet, tous les Etats soumis à une même crise tendent à adopter dans une même période des mesures de plus en plus similaires en vue d'aboutir à une meilleure résolution des risques encourus par la population. Le problème porte alors sur l'inégalité géographique dans la localisation des risques, qui dans la majeure partie des cas étudiés, se retrouvent sur le territoire des pays émergents. Ainsi, alors que la Déclaration de Doha se

⁹⁴ E. HOEN, « Public health and international law : TRIPs, pharmaceutical patents and access to essential medicines, a long way from Seattle to Doha », *Chicago journal of International law*, 2002, vol. 3, pp. 38-41

⁹⁵ J.-T. GATHII, « The structural power of strong pharmaceutical patent protection in US foreign policy », *The journal of gender, Race and justice*, p. 299.

⁹⁶ Ibid. p. 268 (traduction).

concentre sur certaines catégories d'épidémies – SIDA, paludisme et tuberculose – nous remarquons que ces maladies sévissent plus dans les pays d'Afrique et d'Amérique du Sud qu'aux Etats-Unis et dans les pays européens. Ces derniers démontrent alors peu d'intérêt pour l'octroi de licence obligatoire. Cette inégalité dans la répartition des risques est donc à l'origine de ce défaut de synchronisation que la Déclaration de Doha a tenté de pallier. Notons cependant que l'apparition de nouvelles épidémies sur les territoires des pays développés risque à long terme de modifier cette position⁹⁷.

C – Articulation de la démonstration

37. L'imbrication des ordres interétatique et international. Nous considérons que les ordres interétatique et international participent à un même mouvement d'exportation du droit. Cet objectif a fait en partie l'objet de la thèse de doctorat de Jean-Frédéric MORIN⁹⁸ qui confronte le bilatéralisme américain au multilatéralisme. Nous ne remettons pas en cause le vocabulaire utilisé – il nous arrivera d'ailleurs de le reprendre dans le cadre de citation ou de référence – mais nous privilégions le concept d'ordre juridique dont la fiction permet de séparer nettement les différents traités étudiés en fonction de leur niveau d'institutionnalisation. En effet, bon nombre de traités sont des traités multilatéraux, en ce sens qu'ils sont négociés par plusieurs parties, mais ne constituent pas pour autant des organisations internationales à part entière. Cependant, les négociations portant sur l'ordre international que nous étudions étant systématiquement multilatérales, les deux vocabulaires révèlent une même réalité.

L'existence simultanée d'un ordre interétatique et d'un ordre international n'est donc pas contradictoire. Au contraire, les deux ont tendance à l'interaction. D'une part, l'ordre interétatique représente la voie d'entrée dans l'ordre international. Ainsi, au regard des règles

⁹⁷ De nombreuses contestations ont en effet portées sur les contrats conclus entre la firme GSK et plusieurs pays européens, concernant l'achat d'antiviraux dans un programme de lutte contre la grippe H1N1. Sur ce point : R. GUTIERREZ, « L'Etat belge s'est incliné », http://archives.lesoir.be/-l-8217-etat-belge-s-8217-est-incline-_t-20100507-00WJ9E.html, (consulté le 1er juillet 2016) ; B. REMICHE et V. CASSIERS, « droit des brevets d'invention et du savoir-faire », Larcier, 2010, p. 385. L'auteur reprend ici explicitement les cas du Tamiflu et du Pandemrix produits par la firme GSK ; ANEMF, « Dossier grippe H1N1 », http://www.anemf.org/IMG/pdf/Grippe_H1N1_dossier_complet_mise_a_jour_300809.pdf (consulté le 1er juillet 2016), p. 24.

⁹⁸ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets », Larcier, 2007.

d'importation et d'exportation du droit que nous étudierons dans le cadre des relations internationales⁹⁹, un Etat peut utiliser le marché diplomatique créé dans un ordre interétatique afin d'exporter son droit vers d'autres pays qui, eux-mêmes, consolideront par un jeu d'alliance l'exportation de ce droit dans l'ordre international. En outre, il peut être utilisé à des fins expérimentales dont les résultats seront ensuite consacrés dans l'ordre international.

Il peut aussi être considéré comme une voie de sortie lorsque l'ordre international devient trop contraignant ou que les négociations destinées à sa création sont rompues. De nombreux auteurs considèrent que la voie bilatérale, que nous relierions traditionnellement à l'ordre interétatique, est utilisée par un Etat notamment lorsqu'il n'est plus en mesure de maîtriser la voie multilatérale¹⁰⁰.

C'est alors ce double emploi, d'entrée et de sortie, qui encadre la dynamique d'organisation internationale. Cette dernière se découpe en deux phases : une première concerne la dynamique d'entrée, et se manifeste par un mouvement d'harmonisation internationale du droit des brevets sous l'égide des organisations internationales (partie 1), la seconde concerne la dynamique de sortie, et se manifeste par un mouvement de désharmonisation et un recours accru aux ordres interétatiques afin de fuir – ou de renforcer – un régime juridique dont l'application se heurte au blocage des négociations (partie 2).

⁹⁹ Cf. n°115 et s.

¹⁰⁰ D. GREENWAY et C. MILNER, « Multilateral Trade Reform, Regionalism and Developing Countries », in S. LAHIRI, « Regionalism and globalization : theory and practice », Routledge, 2001, p. 162 ; R. KAGAN, « Power and weakness : why the United States and Europe see the world differently », Policy Review, n°113, 2002, p.3 ; J. CAPORASO, « International relations theory and multilateralism : the search for foundations », International Organization, vol. 46, n°3, p. 599.

PARTIE I : L'HARMONISATION SOUS L'EGIDE DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES : LA STABILISATION DES BASES DU DROIT DES BREVETS

38. Une phase d'harmonisation. Si nous prenons pour acquis le principe d'une évolution cyclique du droit international des brevets, la première phase se manifeste sous la forme du processus-même d'harmonisation, durant laquelle, par les jeux de domination que nous étudierons, les Etats s'accordent dans le but d'adapter leurs législations dans des rapports de similitudes et de conformité.

Cette première partie est alors guidée par les deux questions relatives à l'articulation du sujet de cette étude : Quel a été le processus d'harmonisation internationale du droit des brevets ? Et quelles normes en ont résulté ? Ces deux questions nous permettent de mettre en avant l'existence d'un socle commun à tous les pays membres de l'OMC, dont l'évolution permettra de déterminer le bilan du processus d'harmonisation.

39. Plan. A l'instar d'auteurs spécialisés en droit international¹⁰¹ qui ont étudié l'évolution du droit de la propriété intellectuelle, nous distinguons d'une part la création du régime et d'autre part son contenu. Le premier titre porte donc sur le processus de création du droit international des brevets. Nous y démontrons que le passage de relations interétatiques à des relations internationales a permis de consacrer l'exportation des normes des pays dominants à destination des pays dominés (titre 1). Le second titre se concentre sur les règles matérielles. Ces dernières représentent en effet un meilleur exemple de confrontation d'intérêts entre les Etats membres de l'OMC et de l'OMPI et l'importance du basculement entre ces deux fora que les règles processuelles. Nous y démontrons alors l'impact des organisations internationales dans les marchés d'importation/exportation des règles de brevet grâce aux éléments de flexibilité qui permettent la marge d'appréciation nationale (titre 2).

¹⁰¹ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit., p. 78.

TITRE 1 : La création d'un droit international des brevets

40. Le droit international des brevets. Ce premier titre retrace l'évolution à partir de la seconde moitié du XXe siècle du processus d'harmonisation internationale du droit des brevets. Nous analysons cette évolution à travers un basculement successif des formes de relations internationales, qui, majoritairement enfermées dans le cadre de multiples ordres interétatiques par le biais de conventions bilatérales, basculent vers un ordre international unique dont la fiction ne permet pas l'unification du droit des brevets, mais en favorise grandement l'harmonisation. Ce basculement aboutit alors à la création d'un droit international des brevets commun à un nombre croissant de pays. Si sa création peut être datée au jour de l'entrée en vigueur de la Convention de l'Union de Paris et se développe avec divers traités dans le domaine processuel, son apogée intervient avec l'Accord sur l'ADPIC qui introduit les principales règles matérielles relatives à la brevetabilité des inventions. La création d'un nouveau forum de discussion favorise le développement des négociations multilatérales par rapport aux négociations bilatérales et sacralise les bases mêmes du droit matériel des brevets dans l'ensemble des Etats-membres.

L'étude de ce basculement nous oblige à envisager d'une part la création interétatique du droit des brevets (chapitre 1) et d'autre part son basculement au sein d'organisations internationales institutionnalisées (chapitre 2).

Chapitre premier

La création interétatique du droit des brevets

41. L'impact de la décolonisation. Si nous défendons toujours l'idée d'un droit international des brevets hégémonique et non impérialiste, nous ne nions pas que la colonisation ait largement contribué à élargir la sphère d'influence des pays européens dans l'harmonisation internationale de nombreux domaines juridiques, dont le droit des brevets. Autant par leur puissance économique et militaire que par l'intérêt intellectuel de leur législation, le Royaume-Uni a exporté son droit dans tous les pays membres du Commonwealth, principalement situés en Asie et en Océanie, et la France suivie des autres pays de tradition romano-germanique a influencé les principaux pays d'Afrique et d'Amérique du Sud. L'inspiration évidente du décret « Alvara Regio », promulgué au Brésil le 28 avril 1809, en est la preuve.

La seconde guerre mondiale ayant fragilisé l'Europe impérialiste et permis la montée en puissance de l'Union soviétique et des Etats-Unis, la seconde moitié du XXe siècle est marquée par deux phénomènes politiques d'ampleur internationale : la décolonisation et la Guerre Froide. Ces deux phénomènes sont à l'origine de création de nouveaux ordres juridiques qui, devant immédiatement s'adapter à la mondialisation des échanges, ne peuvent matériellement pas créer de toute pièce un nouveau droit des brevets et sont alors obligés de s'inspirer des régimes juridiques déjà existants. Mis à part l'exception impérialiste de l'Union Soviétique (section 2), l'Europe et les Etats Unis ont exporté leur droit vers ces nouveaux ordres selon des modes de domination hégémoniques : la première en bénéficiant de relations diplomatiques postcoloniales (section 1), les seconds en privilégiant les négociations bilatérales (section 3).

Section 1 – La domination postcoloniale

42. Genèse du marché de l'harmonisation. Parce qu'elle s'est étendue à la majeure partie de la planète, la domination coloniale aura été le premier et le principal moteur des mouvements d'exportation du droit. La quasi-totalité des pays ayant connu la colonisation ont été dotés d'un système de protection des brevets, sans pour autant disposer d'une législation propre, par l'exportation forcée du droit métropolitain et l'extension à leur territoire des brevets en vigueur dans le pays industrialisé. Cette solution n'avait évidemment pas pour but de stimuler l'activité inventive sur leur territoire puisque seule la délivrance d'un brevet dans la métropole offrait la protection demandée.

L'accès à l'indépendance de nombreux pays dans les années soixante a accru la demande d'importation de droit sur le marché de l'harmonisation, afin d'assurer une continuité entre la domination métropolitaine et le nouveau régime mis en place. L'adoption des lois en matière de brevets s'est alors effectuée en deux mouvements, selon le statut accordé à l'Etat dominé :

43. Les protectorats et territoires. Une simple étude chronologique des lois de propriété intellectuelle en vigueur dans les anciens pays sous tutelle française ou britannique – ayant un statut autre que celui de colonie – nous montrent que, d'une part ces pays ont acquis un modèle de protection de la propriété intellectuelle sous l'influence de la métropole-tutrice, et d'autre part qu'ils ont conservé ce modèle après leur indépendance. De la particularité de leur statut – territoires (Congo Belge¹⁰²...), protectorats (Tunisie¹⁰³, Maroc¹⁰⁴...), ou pays membre du Commonwealth¹⁰⁵ (Inde, Canada, Australie...) – a dépendu une relative autonomie qui explique cette avance chronologique dans la promulgation des lois, sous l'impulsion des métropoles européennes.

¹⁰² Entre 1886 et 1960, Le territoire du Congo belge – devenu Zaïre, puis République démocratique du Congo – a été régi par le décret du Roi souverain des belges du 29 octobre 1886 sur les brevets. Cette législation restera en vigueur après l'indépendance déclarée en 1960, et sera modifiée par la loi n°82-001 du 7 janvier 1982 régissant la propriété intellectuelle, en réponse à l'adaptation du droit zaïrois aux exigences internationales et à la ratification de la Convention de Paris en 1975.

¹⁰³ Cf. Décret du 26 décembre 1888 modifié le 1^{er} mars 1956, abrogé par la loi n°2000-84 du 24 août 2000. Le protectorat de Tunisie s'est effectué entre 1881 et 1956.

¹⁰⁴ Cf. Décret du 23 juin 1916, modifié en 1953, abrogé par la loi n°17-97 du 15 février 2000. Le protectorat du Maroc s'est effectué de 1912 à 1956.

¹⁰⁵ Sur les différents modes d'application de la Common Law en fonction des pays membres du Commonwealth : R.-H. GRAVESON, « De l'influence de la Common Law sur les systèmes de droit civil existant dans le Commonwealth britannique », *Revue Internationale de Droit Privé*, 1953, pp. 658-671.

44. Les colonies. Le cas des colonies *stricto sensu* reste cependant plus intéressant, par l'application directe des lois métropolitaines, en l'absence d'administration autonome. Les pays issus de la décolonisation n'ont alors adopté de lois propres qu'une fois l'indépendance déclarée. L'étude chronologique des lois de ces pays montrent alors que les premières dispositions sur les brevets ont suivi les différentes vagues de décolonisation, avec un décalage que nous pouvons expliquer en fonction non pas du développement économique des Etats – le concept de sous-développement n'est apparu qu'à ce moment – mais du temps d'adaptation des autorités administratives locales au changement de régime.

45. Plan. Devant la question posée au législateur, concernant l'adéquation du droit métropolitain à la société et à l'économie africaine, ce dernier aurait pu faire table rase de la législation existante afin d'aménager un système de protection opportun au statut de pays sous-développés que certains se sont vu attribuer au cours de la seconde moitié du XXe siècle. Cependant, l'expérience aura démontré l'inverse : les influences politiques (I) et culturelles (II) ont sérieusement favorisé la continuité du système de protection en vigueur.

I – Le facteur politique

46. Plan. Les cas d'indépendance sans période transitoire n'ayant pas eu l'effet escompté – citons par exemple l'indépendance du Congo Belge et sa transformation en République qui, peu préparée à l'exercice du pouvoir, fut remplacée par une dictature militaire – les métropoles préférèrent suivre un processus d'émancipation par étapes, selon lequel les compétences législatives et exécutives furent transmises graduellement. Ainsi, sauf certains cas particuliers de rupture totale des relations diplomatiques (A), la grande majorité des anciennes colonies purent bénéficier de l'assistance des métropoles sous la forme d'une coopération technique et industrielle (B).

A – En l’absence de coopération

47. Le retrait immédiat de la métropole. Grâce à l’intervention d’un acteur politique tiers, certaines colonies¹⁰⁶ ont, après obtention de leur indépendance dans un contexte relativement pacifique¹⁰⁷, rompu toute relation diplomatique avec la métropole. L’absence de coopération postcoloniale, l’ampleur de la tâche et l’urgence relative d’instituer un système de protection adapté à l’économie de ces Etats expliquent l’application *mutatis mutandis* de l’ancienne législation en vigueur.

En ce sens, le développement du nationalisme khmer et l’indépendance du Cambodge se sont effectués sous l’impulsion du Japon qui, suite à sa capitulation en 1945, n’a pu assurer la continuité de son influence sur le reste de l’Asie, et ainsi exporter son droit des brevets. Après une période plus ou moins longue de chaos administratif, le Norodom Sihanouk a renoncé à l’élaboration d’un système de protection propre. Nous constatons alors la quasi-identité normative entre la loi française de 1844 et le Krêr royal du 29 août 1955.

B – La coopération postcoloniale

48. Caractéristiques de la coopération postcoloniale¹⁰⁸. La rupture du système administratif en vigueur lors de l’accession à l’indépendance des anciens pays colonisés a ouvert la voie à une nouvelle forme de coopération au développement basée sur la continuité de l’ingérence de l’ancienne métropole dans les domaines de souveraineté appartenant au nouvel Etat indépendant. Cette coopération postcoloniale, que certains auteurs ont pu assimiler à un néocolonialisme, doit cependant s’étudier en considérant que :

- « *Il serait faux de croire, comme cela a été parfois dit ou écrit, que cette coopération est imposée par l’ancienne métropole. (...) Si l’on se replace dans le contexte du moment, il s’agissait pour les territoires non autonomes de franchir le cap de l’indépendance. Pour y*

¹⁰⁶ L’étude des relations diplomatiques des anciennes métropoles nous montre que cette situation est apparue uniquement pour quatre colonies françaises : la Guinée, le Mali, le Laos et le Cambodge.

¹⁰⁷ Il est en effet intéressant de noter qu’à l’instar de l’Algérie et du Siam, ces pays sont restés en retrait des guerres de colonisation. Tout au plus certaines régions septentrionales du Cambodge purent servir de refuge à l’armée siamoise.

¹⁰⁸ Nous entendons par coopération postcoloniale, la coopération conventionnelle fondée sur les relations privilégiées entre deux Etats souverains liés par un passé colonial. En aucun cas nous interpréterons les différents accords de coopération comme du néocolonialisme, qui sous-entend une ingérence directe de l’ancienne métropole dans la politique du nouvel Etat indépendant.

parvenir avec le minimum de souci financier, et en assurant la continuité des services publics, la solution la plus aisée était bien le recours à l'aide de l'ancien colonisateur »¹⁰⁹. La coopération postcoloniale ne s'est donc pas démarquée des autres types de coopération entre Etats en ce qu'elle nait également du consentement éclairé des acteurs en présence. Ainsi, si de nombreux pays africains ont pu requérir l'aide de la France dans la gestion de certains domaines de leur souveraineté, la Guinée préféra l'indépendance immédiate, et le Mali, bien que membre de la Communauté Africaine prévu par la Constitution de 1958, ne signa aucun traité de coopération.

- il ne faut pas confondre la coopération au développement et l'aide au développement, unilatérale. Si les accords de coopération prévoient en règle générale une aide au développement, leurs champs sont beaucoup plus vastes car ils prévoient le rayonnement juridique et politique de la métropole sur le pays coopérant. Les accords de coopération apparaissent ainsi comme le résultat d'une mutation des rapports politiques respectant l'équilibre des obligations entre les deux pays.

La coopération postcoloniale s'est alors manifestée par la ratification d'un accord bilatéral – voire plurilatéral – prévoyant une assistance de la part de la métropole pour le développement de domaines entrant dans les compétences administratives transmises aux nouvelles autorités mises en place dans l'ancienne colonie. Entre autres conventions dont le thème s'éloigne de notre sujet, nous pouvons différencier les accords de coopération industrielle (1) des accords de coopération technique (2).

1 – Les accords de coopération industrielle

49. La coopération française. Le système français de coopération est aujourd'hui le meilleur exemple de coopération postcoloniale en matière industrielle, longtemps considéré comme entaché de néocolonialisme. L'article 78 de la Constitution de 1958 prévoyait en effet le statut de la Communauté Française¹¹⁰, regroupant les colonies françaises d'Afrique subsaharienne à l'exception de la Guinée, dont le domaine de compétence comprenait notamment la politique

¹⁰⁹ M. FLORY, « Droit international du développement », PUF, 1977, p. 134.

¹¹⁰ Les pays d'Afrique membres de la Communauté Française étaient : Madagascar, la Fédération du Mali (Mali-Soudan-Sénégal), le Congo, le Gabon, la Mauritanie, le Tchad, la République Centrafricaine, la Côte d'Ivoire, le Dahomey et la Haute-Volta (Burkina Faso), et le Niger.

commerciale, l'enseignement supérieur et la recherche. L'accès à l'indépendance de ces Etats en 1960 a alors abouti au transfert de compétence vers les gouvernements locaux, et à la conclusion de nouveaux traités bilatéraux¹¹¹ de coopération.

Tous les Etats de la Communauté Africaine ont ratifié des accords à caractère économique et commercial, dont les termes sont quasiment identiques, à l'exception du Mali pour qui les relations avec la France ont été remises en question suite aux événements d'avril 1960 aboutissant à l'indépendance du Sénégal. Les principes généraux concernaient :

- L'indépendance des Etats dans le domaine économique et commercial vis-à-vis de la France et la volonté de coordonner leurs politiques commerciales
- La mise en place d'une politique douanière favorable aux échanges commerciaux entre les deux pays
- L'aide au développement économique de la France envers ses partenaires
- La confirmation de l'appartenance de ces pays à la Zone Franc¹¹².

Les accords concernant l'enseignement supérieur ont été ratifiés par la totalité des pays francophones d'Afrique, y compris la Guinée, le Congo-Kinshasa, le Rwanda et le Burundi. Les principes généraux concernaient :

- Le développement de l'enseignement supérieur dans les Etats pourvus d'une université
- Le statut de l'enseignant-chercheur
- La création de structures de valorisation de la recherche
- La coopération culturelle en général (développement culturel et préservation des cultures traditionnelles).

¹¹¹ Sur le choix du bilatéralisme et du multilatéralisme dans la coopération industrielle française, cf. : M.-G. BARON, « Les aspects juridiques de la coopération », in « Les investissements et le développement économique des pays du tiers-monde », Editions A. Pedone, 1968, pp. 325-326.

¹¹² Bien qu'éloignée du domaine de la propriété intellectuelle, cette disposition ne reste pas moins importante car elle permet à la France de négocier l'association de ces anciennes colonies aux dispositions du Traité de Rome.

50. De la coopération postcoloniale au partenariat CE-ACP (Communauté Européenne – Afrique, Caraïbe, Pacifique). La coopération postcoloniale ne peut cependant pas se détacher de l'évolution institutionnelle de l'Union Européenne, le Traité de Rome prévoyant le régime des PTOM (Pays et territoires d'outre-mer). Selon l'économiste Francesc GRANELL, *« l'idée d'associer les territoires d'outre-mer coloniaux avec la future Communauté est venue de la France qui, dans le cadre de la nouvelle CEE, souhaitait avec l'appui de la Belgique et malgré la réticence initiale de l'Allemagne – laquelle avait perdu son empire colonial à la fin de la première guerre mondiale – pouvoir conserver ses relations économiques avec ses anciennes colonies »*¹¹³. La grande partie de ces territoires devenus indépendants n'ont plus eu le bénéfice des dispositions du Traité de Rome accordé par le statut de PTOM¹¹⁴ et ont alors réclamé des négociations en vue de consolider leurs relations économiques avec la Communauté Européenne, dont le résultat est la signature des conventions de Yaoundé (I et II) de 1963 à 1975 et de Lomé (I à IV) de 1976 à 2000.

51. Les apports des conventions de Yaoundé et de Lomé. Le préambule de la première Convention de Yaoundé a ouvert la voie de la coopération industrielle en indiquant que les Etats signataires devaient faciliter la diversification de l'économie et l'industrialisation des Etats associés. De même, la seconde Convention apporta des précisions plus concrètes sur la promotion de l'industrialisation dans les pays en développement. Mais ce n'est qu'au cours de l'élargissement de l'association aux protectorats du Royaume-Uni – et au dépôt d'un « mémorandum au sujet de la coopération industrielle » lors de la Conférence de Kingston de juillet 1974 – que l'accent a été mis sur la coopération industrielle, devenue un volet à part entière de la Convention de Lomé.

¹¹³ F. GRANELL, « La coopération au développement de la Communauté Européenne », Editions de l'Université de Bruxelles, 2005, p. 75.

¹¹⁴ Sont aujourd'hui considérés comme PTOM :

Dépendant de la France : Nouvelle-Calédonie, Polynésie Française, Saint-Pierre-et-Miquelon, Terre Adélie, Wallis-et-Futuna, Saint-Barthélemy, Mayotte (qui perd ce statut en 2014 pour devenir une région ultrapériphérique)

Dépendant du Danemark : Groenland

Dépendant des Pays-Bas : Curaçao, Aruba, Saint-Martin, Bonaire, Saba, Saint-Eustache

Dépendant du Royaume-Uni : Anguilla, Bermudes, Iles Caïmans, Géorgie du Sud, Iles Sandwich, Iles Malouines, Montserrat, Pitcairn, Sainte-Hélène, Ascension, Territoires Britanniques d'Antarctique, Territoires Britanniques Indiens, Iles Turques et Caïques, Iles Vierges.

L'étendue de la coopération industrielle présentée par l'article 26 de la Convention de Lomé a dès lors comporté¹¹⁵ un certain nombre de dispositions intéressant le droit des brevets, dont :

- Le développement, la diversification et la répartition géographique de l'industrie entre les Etats ACP.
- La multiplication des liens entre l'industrie et les autres secteurs de l'économie.
- Le transfert et l'adaptation des technologies aux Etats ACP, par le développement des capacités de ces Etats en matière de recherche
- La commercialisation des produits industriels des Etats ACP sur le marché de la Communauté.

Bien que la propriété industrielle n'ait pas été spécifiquement traitée, l'impact de ces conventions n'est pas resté sans intérêt dans ce domaine. Ainsi, l'article 28 a prévu que la Communauté Européenne devait contribuer à la création d'infrastructures nécessaires au développement industriel tel que l'énergie mais aussi la recherche, afin de promouvoir dans ces pays un niveau suffisant d'innovation réclamant un certain degré de protection.

De même, nous pouvons citer en exemple l'accès à la technologie et son adaptation aux capacités des pays en développement, garants de l'autonomie des Etats ACP dans leur développement industriel. En effet, ces derniers estimaient insuffisants et souvent défavorables les transferts de connaissances réalisés dans le cadre de la coopération, et demandaient que leur soit reconnu un libre accès à la technologie européenne. Cependant, « *le système de propriété intellectuelle des Etats-membres de la Communauté ne permettant pas de répondre à cette demande, l'article 31 [n'a retenu que] les modalités opérationnelles du concours réel que la CEE s'engageait à apporter à ses partenaires dans ce domaine en rendant plus transparents des problèmes et des choix technologiques, en facilitant les contacts et les relations avec les détenteurs des connaissances technologiques, en facilitant l'acquisition, à des conditions favorables, de brevets et d'autres [titres de] propriétés industrielles* »¹¹⁶.

¹¹⁵ J. BOURRINET, « La coopération économique eurafricaine », PUF, 1976, p. 165.

¹¹⁶ Idem, p. 168.

52. Le nouveau partenariat UE-ACP. Les réflexions lancées par la Commission Européenne dès 1995 ont abouti au livret vert¹¹⁷ sur les relations entre l'Union Européenne et les Etats ACP, qui démontre la nécessaire révision du système de Lomé pour tenir compte de la géopolitique résultant de la chute de l'URSS, de l'adaptation du droit international aux nouvelles règles de l'OMC, et de l'accroissement des échanges d'information avec la naissance du web en 1990.

Il nous faudra en effet attendre l'Accord de Cotonou du 23 avril 2000 pour voir apparaître les premières dispositions spécifiques à la propriété intellectuelle, dans le cadre d'une mise en conformité des accords de coopération avec le droit international et les règles énoncées par l'OMC. Ainsi, les trois premiers alinéas de l'article 46 de cet accord énoncent : « *sans préjudice des positions qu'elles adoptent dans le cadre de négociations multilatérales, les parties reconnaissent la nécessité d'assurer un niveau approprié et efficace de protection des droits de propriété intellectuelle, industrielle et commerciale, et autres droits relevant des ADPIC, y compris la protection des indications géographiques, en s'alignant sur les normes internationales, en vue de réduire les distorsions et les entraves aux échanges bilatéraux.*

Elles soulignent l'importance qu'il y a, dans ce contexte, d'adhérer à l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), annexé à l'accord instituant l'OMC, et à la Convention sur la diversité biologique.

Elles conviennent également de la nécessité d'adhérer à toutes les conventions internationales applicables en matière de propriété intellectuelle, industrielle et commerciale visées dans la partie I de l'ADPIC, compte tenu de leur niveau de développement ».

De même est prévue une coopération entre l'UE et les Etats ACP en la matière, au-delà de l'adoption des règles internationales : « *Les parties conviennent également de renforcer leur coopération en la matière. Sur demande, selon les modalités convenues (...), la coopération s'étendra, notamment, aux domaines suivants : élaboration de dispositions législatives et réglementaires visant à protéger et à faire respecter les droits de propriété intellectuelle, à empêcher l'abus de ces droits par leurs titulaires et la violation de ces droits par les concurrents, à créer et à renforcer des bureaux nationaux et régionaux et autres organismes, y compris par le soutien d'organisations régionales compétentes en matière de droits de*

¹¹⁷ Commission Européenne, « Livret vert sur les relations entre l'UE et les pays ACP à l'aube du XXI^e siècle : défis et options pour un nouveau partenariat », Bruxelles, 1997.

propriété intellectuelle, chargées de l'application et de la protection des droits, y compris la formation du personnel ».

2 – Les accords de coopération technique

53. Contexte. Les accords de coopération technique, qui déterminent la mise à disposition aux Etats partenaires de personnels d'assistance technique nécessaire, constituent une part fondamentale de l'aide apportée avec les anciennes métropoles. C'est la raison pour laquelle, la France, suivie par l'Union Européenne dans le cadre des compétences partagées, a conclu ce type de conventions avec tous les Etats francophones d'Afrique et d'Asie, y compris le Congo-Kinshasa, le Rwanda, le Burundi, et à l'exception de la Guinée.

Pour comprendre l'importance de ces accords, il faut nous replacer au jour de l'indépendance de l'Etat partenaire. A ce moment s'ouvre un problème de succession, le nouvel Etat héritant d'un passé colonial sous la forme d'une administration complexe qui ne peut souffrir de discontinuité. En matière de propriété intellectuelle, cela prit la forme d'une rupture dans la gestion de l'office des brevets, et donc dans le fonctionnement même du système de protection. La perturbation causée s'est notamment ressenti du côté des déposants, qui, bénéficiant d'une protection antérieure à l'indépendance, souhaitaient la conserver. L'absence de compétence des fonctionnaires locaux dans la gestion d'une administration de type occidentale nécessitait une substitution temporaire du personnel local le temps d'une formation adéquate.

L'absence d'assistance technique de l'ancien colonisateur risquant de provoquer le chaos administratif du nouvel Etat, ce dernier n'eut pratiquement pas le choix, et sauf à quelques rares exceptions comme la Guinée, n'hésita pas à accepter l'aide massive alors proposée.

54. L'expert. Le premier rôle de l'expert envoyé sur place a été de combler le vide juridique imposé par la rupture conjoncturelle de l'indépendance, c'est-à-dire ménager la transition vers un nouveau système mis en place par les autorités locales, tout en préservant les intérêts déjà existants. Pour cela, il se sera souvent contenté d'appliquer la loi métropolitaine, permettant

ainsi son ingérence par la pratique dans le système juridique local¹¹⁸. Martine HIANCE et Yves PLASSERAUD énumèrent divers éléments qui justifient cette position :

- La loi métropolitaine a été bien souvent la seule loi qu'il connaisse¹¹⁹. Sa mission ne consistant pas à faire œuvre durable, il n'avait donc pas la nécessité de connaître un système plus adapté. De même, « *à l'attrait de la facilité, s'ajoutait la conviction que le système en question était le meilleur, conviction profondément enracinée dans la plupart des vieux pays industrialisés, particulièrement chauvins en matière de droit des brevets* »¹²⁰.

- L'orientation économique et politique de ces pays n'ayant été fixée que tardivement, il ne pouvait prévoir un système original sans risquer d'être désavoué quelque temps après. En effet, la décolonisation a ouvert la voie de la diplomatie à de nombreux pays concurrents des anciennes métropoles – l'Union soviétique en étant l'exemple le plus marquant – souhaitant exporter leur propre système des brevets. La multiplication des pratiques socialistes dans la politique des pays africains ne permettait pas de déterminer une orientation économique exacte, et *a fortiori* un système de protection adapté.

- La recherche d'un droit original étant la mission des spécialistes locaux, qui travaillaient à améliorer et adapter le système de protection à l'économie du pays, il était convenu que son rôle se bornât à continuer les pratiques existantes avant l'indépendance et à appliquer la loi métropolitaine, à défaut de solution originale satisfaisante.

- Parce que les déposants ont été, et sont encore, ressortissants de l'ancienne métropole, ou d'un pays industrialisé ayant une loi sur les brevets de type occidental, l'expert, qui s'est adressé à des professionnels de l'innovation habitués aux lois métropolitaines, ne voyait pas d'intérêt dans l'application d'une loi originale qui aurait eu pour impact de déstabiliser un système déjà effectif.

- Enfin, rappelons que sous réserve d'un niveau d'industrialisation différent, les pays émergents connaissent les mêmes problèmes juridiques liés à la mondialisation (santé, culture,

¹¹⁸ En effet, plus la nouvelle loi ressemblait à celle de l'ancienne métropole, plus il était facile de mettre en place la pratique administrative découlant de la coopération technique.

¹¹⁹ P.-F. GODINEC, « Les droits africains, évolution et sources », Paris, 1968, p. 40 : « *La tendance naturelle de ces experts est de faire bénéficier les Etats africains de ce qu'ils croient être le meilleur droit possible, c'est-à-dire le droit de leur propre pays. Il arrive d'ailleurs que si certains experts sont des africanistes réputés, d'autres ne possèdent qu'une connaissance très réduite des Etats qu'ils servent et ils sont, par conséquent, incapables d'imaginer un droit nouveau, adapté aux besoins des pays africains* ».

¹²⁰ M. HIANCE et Y. PLASSERAUD, « Brevets et sous-développement », Librairies Techniques, 1972, p. 115.

environnement...) que les pays industrialisés dont la culture juridique complexe prévoit aisément l'évolution du droit.

55. L'évolution des objectifs. L'internationalisation croissante des problématiques sur les brevets et le rôle prépondérant des organisations internationales ont modifié les objectifs fixés par les offices des Etats pourvoyeurs en matière d'assistance technique. Selon Marc GLODKOWSKI, la promotion du droit européen n'est plus aujourd'hui un enjeu de la coopération en matière de propriété intellectuelle, sauf peut-être sur le thème des appellations d'origine contrôlée. La défense des droits de propriété intellectuelle est un point essentiel des traités internationaux. Les objectifs de la France sont alors : d'une part de faciliter l'adhésion des pays partenaires aux conventions de procédures d'acquisition des droits de propriété intellectuelle – le Brésil n'a toujours pas adhéré au Protocole de Madrid – et d'autre part de promouvoir une « administration à la française ». Ainsi, la coopération française concerne avant tout l'accompagnement et le renforcement des capacités des pays, c'est-à-dire le développement des ressources humaines et matérielles grâce, notamment, à des programmes de formation¹²¹.

Concernant l'adhésion aux traités internationaux, nous reprendrons l'exemple des accords bilatéraux de libre-échange européen, ainsi que la Convention multilatérale de Cotonou qui traitent les droits de propriété intellectuelle par un renvoi au minimum de protection requis par les conventions internationales, notamment l'Accord sur les ADPIC annexé au statut de l'OMC. Il sera alors demandé à l'expert une connaissance éminemment internationale de la propriété intellectuelle afin de diffuser l'information sur ces traités dans les Etats coopérants, de faciliter leur intégration dans les organisations internationales, et de former les offices locaux à la pratique d'un droit devenu aujourd'hui international.

Concernant l'administration locale, le passage à l'indépendance a obligé la création d'un office national propre à chaque Etat, et c'est tout naturellement vers l'office métropolitain anciennement compétent que les nouveaux gouvernements se sont tournés pour former les fonctionnaires et mettre en place l'infrastructure nécessaire à l'enregistrement des données sur les brevets, selon un modèle dont l'efficacité n'a plus besoin d'être prouvé.

¹²¹ M. GLODKOWSKI, délégué de l'Institut National de la Propriété Industrielle à Nantes, expert d'assistance technique en Thaïlande de 2005 à 2010, interview du 3 août 2012.

II – Le facteur culturel

56. Plan. Les politiques de coopération internationale et d'aide au développement n'ont pas été les seuls facteurs d'exportation du droit européen des brevets. En effet, si nous suivons la pensée selon laquelle le droit évolue en fonction de la société dans laquelle il s'applique, des facteurs socioculturels s'imposent avec évidence. Parmi eux arrivent en premier lieu l'éducation et la recherche (A). A ceux-là s'ajoutent les transferts de technologie (B) et la coexistence de différentes institutions dans les pays étudiés (C).

A – L'enseignement et la formation des élites

57. La perte d'influence des pays européens. *« C'est une règle quasi-générale dans les pays sous-développés que les élites intellectuelles, dont font nécessairement partie les auteurs des lois sur les brevets, ont reçu une formation scolaire ou universitaire dans un pays industrialisé ou, au moins, participent de la culture de l'un d'eux. On ne saurait alors s'étonner de ce que, chargés de la mise en place d'un corps de droit jusque-là inexistant, les juristes des pays sous-développés s'inspirent principalement du système qui leur est le plus familier parce que, l'ayant étudié et souvent pratiqué, ils sont habitués à raisonner dans cet esprit »*¹²². Cette citation de 1972 est-elle encore d'actualité ? Force est de constater que, malgré leurs efforts en matière d'échange universitaire¹²³, les pays européens n'ont aujourd'hui plus le monopole de la formation des élites des pays africains et asiatiques. L'idée de sous-développement éducatif est désormais à bannir étant donné que nombre de ces pays sont dotés d'un réseau universitaire apte à l'enseignement et à la recherche juridique.

58. L'autochtonie universitaire. Afin de parfaire notre étude, il nous faut étudier le degré d'influence européenne sur ces universités étrangères. Nous distinguons alors les deux voies contradictoires décrites par Mathieu MEBENGA : *« dans le monde universitaire, nombre d'enseignants restent encore séduits par la tentation de l'Occident, si chère à Malraux, et*

¹²² M. HIANCE et Y. PLASSERAUD, « Brevets et sous-développement », Librairies Techniques, 1972, p. 114.

¹²³ M. MOREAU, « A propos de l'influence internationale du droit français », <http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/FD001290.pdf> (consulté le 1er juillet 2016)

inaptes à procéder à une décolonisation mentale. Par contre, les autres sont assourdis par les sirènes du retour aux sources et l'enfermement sur une autochtonie juridique tout en se dépassionnant curieusement pour un travail préalable d'inventaire »¹²⁴. La position de l'universitaire étranger est en effet sensible car, dans notre domaine, la notion même de propriété intellectuelle est apparue avec la colonisation et l'exportation d'un modèle industriel de type européen. L'étude des sources du droit ne laisse alors que deux possibilités : l'acceptation du droit européen ou l'escapisme universitaire, par lequel les enseignants, sans confrontation directe, tente d'échapper au modèle de protection imposé par les anciennes métropoles.

59. L'escapisme. Pour s'échapper des systèmes capitalistes et socialistes considérées comme culturellement inadaptés, et à défaut de sources antérieures à la colonisation permettant de légitimer un système de protection des inventions, l'enseignant-chercheur n'a d'autres choix que de se tourner vers d'autres voies d'interprétation du droit :

- Au cours de nos lectures, nous avons pu constater une subordination progressive des systèmes éducatifs de certains pays africains et asiatiques aux autorités religieuses, aboutissant à un retour à la légitimisation religieuse du droit, notamment depuis que l'Islam s'intéresse de près, comme nous le verrons ultérieurement, à l'économie immatérielle et la protection des avantages concurrentiels. Cette option est d'autant plus intéressante que la spiritualité est un facteur important d'unité en Afrique et en Asie.

- L'enseignement du droit comparé n'étant pas pour autant à prescrire, la régionalisation de l'enseignement du droit, favorisée par la création d'organisations d'harmonisation régionale du droit (OAPI, OHADA, Communauté Andine...) développe un effet de voisinage qui désintéresse les élites des systèmes européens au profit de celui des puissances géographiquement rapprochées. Il n'est donc pas étonnant que la doctrine des pays d'Asie du Sud-est accorde une importance particulière aux droits chinois et japonais, au détriment des apports effectués lors de la colonisation. De même, notons l'influence directe de la doctrine soviétique dans l'établissement du système éducatif en Chine, Mongolie et Corée du Nord.

¹²⁴ M. MEBENGA, « itinéraire du droit et des institutions au Cameroun », in « A la recherche du droit africain du XX^e siècle », Connaissances et savoirs, 2005, p. 51.

- Enfin, n'oublions pas l'importance croissante des campagnes d'enseignement orchestrées dans le cadre de la coopération établie au sein des organisations internationales, visant à former les élites au droit international des brevets tel qu'édicté par l'Accord sur les ADPIC.

B – Les transferts de technologie

60. Le transfert industriel. Chez les auteurs favorables à la globalisation de la protection par le brevet, nous retrouvons souvent l'idée selon laquelle le pays émergent qui délivre un brevet dans les mêmes conditions qu'en Europe ou aux Etats-Unis, et surtout qui respecte le traitement unioniste, favorise la demande de brevets d'origine étrangère et participe de ce fait à l'effort de recherche des pays industrialisés. Le bénéfice est alors que le brevet, support d'une invention destinée à l'exploitation locale – ou au moins à l'importation – sous peine de déchéance, constitue la voie royale pour l'investissement industriel et l'acquisition des technologies nécessaires au développement économique.

Cependant, bien que le rôle du brevet dans les transferts de technologie fût reconnu par la doctrine postcoloniale, il est temps aujourd'hui d'en constater les effets. Trois événements se sont alors imposés :

- Seuls les emprunts massifs de technologie ont permis à certains pays de rattraper leur retard économique¹²⁵. Tel a été le cas du Japon qui s'est reconstruit sous la tutelle des Etats-Unis après la Seconde guerre mondiale, comme l'Israël après 1948 et la Corée du Sud après 1952. Ce fut également le cas de l'Union Soviétique qui, entre 1919 et 1960 ne reconnaissait pas la validité des brevets européens. Pour les nouveaux pays d'Afrique et d'Asie, les emprunts technologiques ont été ponctuels et n'ont, de ce fait, pas réunis les conditions nécessaires au développement technique et industriel recherché.
- La technologie transférée doit être assimilable par l'industrie du pays qui la reçoit, et ainsi permettre le déclenchement d'un phénomène cumulatif. Ainsi, outre les cas pris en compte dans le cadre d'une politique publique (telle que la santé publique ou l'environnement), la pratique a démontré que l'introduction de technologie de pointe

¹²⁵ M. HIANCE et Y. PLASSERAUD, « Brevets et sous-développement », op. cit, p. 40.

dans un pays émergent n'a eu pour résultat que la création d'un îlot industriel inadapté à l'économie du pays en question, qui d'une part a mis à mal la relative homogénéité industrielle nécessaire à l'évolution de la société, et d'autre part a dans certains cas pu entraîner le déclin de l'industrie¹²⁶ locale concurrente. L'exemple récurrent est celui du Kenya, dont les industries de cordonnerie ont souffert de l'introduction en 1960 de l'injection plastique dans la fabrication des sandales par la société *Bata Shoe Company*¹²⁷.

- Enfin, étant donné les conditions climatiques, géographiques et démographiques de certains pays¹²⁸, ajoutées aux coûts inhérents à la mise en place d'une protection par le brevet, il s'est souvent avéré plus rentable de procéder à l'importation des produits finis plutôt qu'à leur création au sein même du pays émergent. Le libre-échange, l'abolition des barrières douanières et la baisse des coûts des transports ont freiné le cloisonnement des régions alors même que ce protectionnisme involontaire donnait naissance aux unités de production nécessaire pour l'exploitation efficiente des technologies transférées. Ainsi, selon Paul BAIROCH¹²⁹, la consommation de produits finis importés dans les pays émergents a conduit à une perte considérable des effets de diffusion qu'aurait entraîné la production locale.

61. Le transfert technique. Ainsi, l'intérêt du transfert de technologie dans la fondation de la protection des inventions par le brevet n'a pas été relevé au niveau de son application industrielle mais bien par l'échange des connaissances techniques comme base du développement de la recherche scientifique.

La constitution d'une base de données techniques n'est pas difficile en soi puisque le brevet a comme conséquence la divulgation des éléments techniques constitutifs de l'invention et que

¹²⁶ Le même argument peut être avancé non plus dans le domaine industriel mais de la recherche. Ainsi, dans une interview de *Allemagne Internationale* de juillet 1970 (vol. 10, p. 20), Indira Gandhi a-t-elle affirmé que : « *le fait d'avoir trop facilement recours à la coopération étrangère a aussi freiné notre initiative en matière de recherche et de développement* ».

¹²⁷ N. SWAINSON, « Société de chaussures BATA – Type de production et transferts de connaissances », UNESCO, 1978, p. 4.

¹²⁸ J. FREYSSINET, « Le concept de sous-développement », Mouton et c°, 1966, p. 25 : « *l'industrie moyennant certaines adaptations techniques, n'est pas handicapée par le climat* ». Nous ne remettons pas en cause ici la possibilité d'industrialiser un territoire aux conditions climatiques particulières mais le coût de cette adaptation.

¹²⁹ P. BAIROCH, « Le tiers-monde dans l'impasse », Gallimard, 1971, p. 273.

les fascicules de brevets sont relativement faciles à se procurer, d'autant plus aujourd'hui que les offices des principaux pays industrialisés ont accordé un accès à leurs propres bases de données via internet et pour tout public. Même l'argument linguistique ne peut être recevable puisque les industriels et techniciens des pays émergents, ayant souvent effectué leurs études dans un pays européen ou américain, sont en mesure de lire l'une des principales langues occidentales. D'ailleurs, rares sont aujourd'hui les déposants des pays émergents qui publient un brevet dans une langue ethnique faiblement diffusée dans le monde. Par exemple, les publications en hébreu ne représentent que 5% des brevets en Israël et moins de 0.1% des brevets mondiaux, alors que l'anglais en représente plus de 60%.

La publication du fascicule par l'office d'un pays émergent n'apporte donc aucune information complémentaire lorsque ce même fascicule est publié par un pays industrialisé. Cependant, il n'est pas question ici d'étudier l'existence même de cette base de donnée mais sa légitimité puisque, comme l'ont énoncé avec raison Martine HIANCE et Yves PLASSERAUD, « *dans l'état actuel des conceptions du système international cependant, la constitution par un pays sous-développé d'une documentation technique sur la base de brevets délivrés dans les pays industrialisés ne peut évidemment être admise par ces derniers que dans la mesure précisément où elle s'accompagne de la possibilité pour leurs ressortissants d'obtenir des brevets dans les pays intéressés. Dans le cas contraire, elle serait assimilée à du pillage* ». L'instauration d'un régime de protection n'a donc pas pour but de développer l'échange des connaissances mais d'en empêcher le frein et les mesures de rétorsion qui aurait pu être engagées contre ce « pillage ».

C – Les influences culturelles concurrentes

62. Plan. La colonisation n'a pas été la seule source d'influence culturelle en Afrique et en Asie, où sont apparues des doctrines juridiques concurrentes, soit complémentaires au droit européen, soit contradictoires. Ainsi, si le développement de l'Islam a soutenu la domination postcoloniale des métropoles, en anéantissant de concert les dernières croyances surnaturelles africaines (1), le droit soviétique des inventions s'est également intéressé à l'ouverture du marché des droits africains (2).

1 – La culture arabe concurrentielle

63. Cohabitation de l’Islam et du colonialisme. Les influences islamiques¹³⁰ et européennes n’ont pas été contraires, mais complémentaires, si nous prenons en compte que l’une s’est souvent servie de l’autre pour asseoir sa légitimité. Ainsi le Coran encourage-t-il la reconnaissance d’autres sources de lois, tant que ces dernières n’ont pas une légitimité sacrée incompatible¹³¹, et privilégie les sources civiles européennes qui ont pu mettre à mal le droit surnaturel africain¹³². A contrario, l’Italie et le Royaume-Uni ont largement encouragé la mise en place d’institutions islamiques dans leurs colonies et protectorats¹³³, afin de remplacer les institutions archaïques existantes par le système en vigueur dans les pays voisins, et ainsi favoriser l’administration et les échanges au niveau régional.

Cependant l’influence de l’Islam sur le droit civil – et le droit de la propriété intellectuelle – doit s’étudier avec attention pour trois raisons :

- L’Islam a été adopté dans certains pays comme religion d’Etat, sans que le soit la *Shariah*, laissant la matière commerciale exclusivement sous la compétence des lois civiles.
- L’Islam a un caractère local très particulier, s’adaptant aux coutumes commerciales de certaines régions d’Afrique

¹³⁰ Sur ce point : S. BELAÏD, « Islam et droit, une nouvelle lecture des versets prescriptifs du Coran », Centre de Publication Universitaire, 2000 ; C. CHEHATA, « Etudes de droit musulmans : la notion de responsabilité contractuelle, le concept de propriété », PUF, 1973.

¹³¹ R. SACCO, « Le droit africain. Anthropologie et droit positif », Dalloz, 2009, p. 138 : « une coutume qui nuit aux structures soutenant la *Shariah* pourra être acceptée par le docteur seulement dans le cadre d’explications et distinctions qui trahiront son origine apocryphe ».

¹³² Ibid, p. 206 : « la puissance coloniale a contribué à éroder le droit traditionnel. La règle traditionnelle, effacée, laissait automatiquement sa place à la *Shariah* dans une série de cas : quand le juge alternatif au juge coutumier était, pour l’Africain, le *Qadi* islamique ; quand l’intéressé était un musulman(...) qui savait parfaitement que, en abandonnant la coutume, il retombait automatiquement sous l’empire de la *Shariah* ».

¹³³ L. LEPRINCE-RINGUET, conférence sur « Le Développement scientifique et technique et l’attitude religieuse », présentée au Centre culturel français d’Alger, le 2 février 1971, non référencée ; H. DESROCHE, « Religion et développement. Le thème de leurs rapports réciproques et ses variations », Archives des sciences sociales des religions, 1962, vol. 12, pp. 3-34 ; P. De BEER, « L’Ethiopie en l’an 1963 », Le Monde, 10 avril 1971, n°V : certaines philosophies religieuses existantes en Afrique et en Asie ont un aspect très souvent contemplatif (Bouddhisme, Brahmanisme, Mythe du rouet dans la doctrine de Ghandi...), ou obscurantiste (omnipotence du destin et caractère à la fois néfaste et sacré de l’écriture dans les religions Bwiti, Vodou et Maasaï) et ont instauré un climat de mépris envers l’innovation technologique et l’industrialisation. Le déclin de ces religions au profit de l’Islam qui reconnaît l’importance des activités intellectuelles a alors favorisé l’instauration des institutions européennes nécessaires à la protection de la propriété intellectuelle.

- La France et le Royaume-Uni ont eu une politique coloniale différente, notamment dans le degré d'autonomie accordé à l'Etat protégé ou colonisé.

Pays reconnaissant l'Islam comme religion d'Etat	Statut accordé par l'Etat colonisateur	Date d'entrée en vigueur de la première loi sur les brevets
Algérie	Colonie française de 1847 à 1962	3 mars 1966
Arabie Saoudite	Etat indépendant coopérant	10 juin 1989
Barheïn	Protectorat britannique de 1820 à 1971	24 janvier 2004
Egypte	Protectorat britannique de 1914 à 1922	16 aout 1949
Emirats Arabes Unis	Protectorat britannique de 1892 à 1971	1er mars 1992
Irak	Mandat britannique sur la Mésopotamie de 1919 à 1932	25 mars 1970
Jordanie	Mandat britannique sur la Palestine de 1919 à 1946	20 mars 1953
Koweït	Protectorat britannique de 1899 à 1961	4 avril 1962
Liban	Mandat français sur la Syrie de 1919 à 1926	17 janvier 1924
Libye	Colonie italienne de 1911 à 1943	1er mars 1959
Maroc	Protectorat français et espagnol de 1912 à 1956	23 juin 1916
Sultanat d'Oman	Protectorat britannique de 1891 à 1971	23 septembre 2000
Qatar	Province du Barheïn jusqu'en 1971	6 aout 2006
Somalie	Colonie italienne de 1908 à 1943	22 janvier 1955
Syrie	Mandat français sur la Syrie de 1919 à 1926	9 octobre 1946
Tunisie	Protectorat français de 1881 à 1956	26 décembre 1888
Yémen (du Sud)	Protectorat britannique de 1839 à 1967	1 ^{er} mars 1994

TABLEAU N°1 : DATE D'ENTREE EN VIGUEUR DES PREMIERES LOIS SUR LES BREVETS DANS LES PAYS DE TRADITION ISLAMIQUE

Ainsi, les Etats islamiques se regroupent en trois catégories :

- Les protectorats et mandats britanniques relativement autonomes ayant adopté la *Shariah* et l'appliquant au domaine commercial. L'interférence du droit islamique aura alors causé un retard considérable dans l'adoption des lois sur les brevets, effectuée entre 1989 et 2006.
- Les protectorats et mandats français dont l'autonomie a été restreinte et où l'influence métropolitaine a limité l'application de la *Shariah* à certains domaines du statut personnel (mariage, adoption...), et dont l'adoption des lois sur les brevets s'est effectuée parallèlement aux législations européennes
- Les colonies françaises et italiennes dont l'adoption des lois sur les brevets a suivi traditionnellement les différentes vagues de décolonisation.

64. Un droit islamique de la propriété intellectuelle. Dans les anciens protectorats britanniques¹³⁴, la reconnaissance de la propriété intellectuelle a été une source de controverse pour la doctrine musulmane et illustre la dichotomie dans la coexistence entre le droit religieux et le droit codifié applicables sur un même territoire. L'immatérialité inhérente à la propriété intellectuelle étant un concept relativement récent, aucune mention n'en a été faite dans le Coran, le *Sunnah* ou les premières jurisprudences islamiques.

Nombreux juristes islamiques ont débattu sur l'existence même de propriété intellectuelle, en raison du confinement de la propriété dans son champ matériel¹³⁵. S'agissant des aspects *fiqhiques*, la théorie de la propriété traitée par les *Ulémas*¹³⁶ se base sur la dichotomie terminologique existante entre les *Hanafites*¹³⁷ et le *Joumhour*¹³⁸. Ainsi, selon les premiers, « seuls sont considérés comme bien les actifs tangibles pouvant faire l'objet d'épargne, de négoce et d'utilisation concrète ¹³⁹ », alors que le *Joumhour* prend en considération la finalité

¹³⁴ Nous privilégierons l'étude de ces pays qui, parce qu'ils ont adopté la *Shariah* et n'ont subi qu'une faible influence du Royaume-Uni, sont révélateurs de l'impact du droit islamique sur le droit des brevets.

¹³⁵ M-T USMANI, « Copyright according to Shariah », <http://www.islamic-finance.net/research/taqi4.html>, (consulté le 1er juillet 2016).

¹³⁶ « Ulémas » est le nom traditionnellement donné aux auteurs de la doctrine Sunnite.

¹³⁷ L'école Hanafite est la plus ancienne école de la doctrine Sunnite, qui se fonde sur le légicentrisme religieux.

¹³⁸ Le *Joumhour* est une forme de doctrine islamique basée sur l'opinion majoritaire.

¹³⁹ « Les sciences de la Shariah pour les économistes », www.irtipms.org/OpenSave.asp?pub=111.pdf, (consulté le 1er juillet 2016)

de la chose, seule son utilité lui donnant une valeur économique. Le Professeur AMIN révèle qu'aucune disposition expresse du Coran ou du *Sunnah* ne limite le droit de propriété aux objets tangibles¹⁴⁰, et affirme que l'introduction même des objets de propriété intellectuelle dans le marché économique répond à la définition du bien par le *Joumhour*¹⁴¹, ainsi qu'à la *Shariah* qui prévoit l'impossibilité pour une personne de tirer profit injustement d'un avantage commercial produit par le travail intellectuel d'un tiers. David Price confirme cette position : *« Bien qu'elle puisse être intangible, la propriété intellectuelle peut encore être considérée comme ayant une valeur quantifiable dans un contexte économique, et peut donc être échangée ou transférée. Ceci est confirmé par les juristes musulmans qui traitent de l'interdiction de l'enrichissement sans cause et du découragement de certains types de transactions commerciales telles que celles impliquant des fausses déclarations, des fraude et des escroqueries »*¹⁴².

S'agissant des aspects religieux, l'immatériel, manifesté ici par la connaissance et les lois de la nature mises en œuvre dans une invention, aurait une origine divine et représenterait un héritage commun du peuple musulman. Cette communauté, assimilable au domaine public connu dans les systèmes occidentaux, n'accepterait alors aucun monopole à titre individuel¹⁴³. Cependant, la conception islamique de la propriété prévoyant que tout bien appartient à Dieu et est dévolu aux hommes à titre exclusif pour en tirer le profit adéquat, cet argument ne peut être pris en compte.

L'absence réelle de disposition dans la *Shariah* a conduit les législateurs musulmans à promulguer un droit codifié coexistant avec le droit religieux. L'entrée en vigueur de ce droit a alors été très tardive face à la controverse subsistant sur la reconnaissance même de la propriété intellectuelle. L'exemple le plus médiatique aura été celui de l'Arabie Saoudite qui, sous la pression internationale, aura promulgué sa première loi sur les brevets en l'an islamique 1409¹⁴⁴, plus d'un siècle après la plupart des Etats européens.

¹⁴⁰ S.-H. AMIN, « Law of Intellectual Property in developping Countries : Muslim World », 1993, Scotisch Institute of International and Comparative Law, p. 36.

¹⁴¹ Ibid, p. 37.

¹⁴² D. PRICE, « The development of Intellectual Property regimes in the Arabian Gulf States », Routledge-Cavendish, 2009, p. 28 (traduction).

¹⁴³ I. ABDUL GHANI AZMI, « Basis for the Recognition of Intellectual Property in the Light of the *Shariah* », International Review of Intellectual Property and Competition Law, 1996, p. 650.

¹⁴⁴ Soit l'an grégorien 1989.

65. Les inventions interdites par la *Shariah*. Outre l'existence même du monopole d'exploitation et l'exercice des droits de propriété intellectuelle conforme à la doctrine islamique, nous ne nous étonnons pas de retrouver la volonté des pays islamiques d'encadrer le droit matériel des brevets par la *Shariah*, notamment par l'interdiction de breveter certains types d'invention. Ces restrictions à la brevetabilité se retrouvent notamment dans le décret royal de l'an islamique 1425 (2004) d'Arabie Saoudite, ainsi que dans le traité d'unification du droit des brevets adopté par le Conseil de coopération des pays du Golfe, qui excluent de la brevetabilité toute invention contraire à la *Shariah*. Nous pouvons classer ces types d'invention en trois catégories :

- Les biens non valorisés sont les biens ne pouvant faire l'objet d'un contrat et dont l'appropriation, l'exploitation et la consommation sont interdites. Une invention ayant pour objet la consommation ou la transformation de ces biens ne peut donc faire l'objet d'un brevet. L'interdiction ne concernant pas la mise en place d'un monopole mais l'interdiction totale d'exploiter l'invention sur le territoire du pays islamique, cette restriction ne porte pas à conséquence sur le régime international de la propriété intellectuelle et ne constitue qu'une exception locale négligeable.

- L'être humain et la nature représentent une catégorie d'exclusion proche de la restriction de l'ordre public et des bonnes mœurs en matière bioéthique, appliquée en Europe.

- Les méthodes commerciales peuvent faire l'objet d'un brevet dans les pays islamiques, sous réserve d'être conformes aux sciences économiques islamiques¹⁴⁵ qui se développent depuis 1970. Cette catégorie d'exclusions sera alors la plus problématique car, outre la possibilité qui n'existe pas en Europe de breveter une méthode, la doctrine islamique ne reconnaît pas les obligations financières traditionnelles existantes sur les marchés européen et américain. Ainsi, un montage financier sera brevetable sous certaines conditions : il ne devra faire intervenir le paiement d'intérêts ni l'investissement à risque non contrôlé par une autorité islamique, et le capital en résultant ne pourra être investi dans les industries reconnues illicites, car produisant des biens non valorisés.

¹⁴⁵ Sur ce point : « Les sciences de la *Shariah* pour les économistes », op. cit.

2 – Le socialisme africain

66. L’option socialiste. La vague de décolonisation des années 1950 à 1970 n’a pas laissé indifférents les pays socialistes désireux d’étendre l’influence de leur doctrine qu’ils considéraient propices à résoudre les problèmes socio-juridiques d’un pays nouvellement créé. Il faut en effet rappeler qu’au moment de l’indépendance, le législateur africain, même non socialiste, a eu recours à des pratiques inhérentes à la doctrine socialiste visant l’efficacité de l’administration publique¹⁴⁶ : étatisation d’activité, création de bureaux de commerce ou d’organisations publiques ou para-étatiques, concernant le commerce extérieur et la recherche...

Cependant, le modèle socialiste n’a pas atteint le droit africain des brevets. D’une part, comme le démontre le socialisme introduit par Sékou Touré en Guinée, ou encore le collectivisme paysan en Tanzanie, ce modèle concernait des sociétés principalement agricoles. D’autre part, le faible niveau d’innovation n’incitait pas à modifier le droit et les pratiques instaurées par la métropole au profit du modèle soviétique. Enfin, l’abolition des castes et la mise en commun des biens, même immatériels, s’opposait à de nombreuses coutumes tribales et islamiques.

Cependant, nous notons certains cas particuliers de pays ayant adopté, en fonction de leur orientation politique, une loi de type européen avec l’introduction de dispositions socialistes. Ainsi, la « plateforme » politique du Front de Libération de l’Algérie a influencé l’ordonnance du 3 mars 1966 introduisant le certificat d’auteur d’invention¹⁴⁷ de type soviétique – par lequel l’inventeur entend faire exploiter son invention par l’Etat, moyennant une rémunération spéciale – tout en conservant pour l’essentiel les dispositions de la loi-type pour les pays en développement, proposée en ce temps par les BIRPI. Comme l’énonce Mme HIANCE, « ces

¹⁴⁶ Sur ce point : M. RODINSON : « Marxisme et monde musulman », Paris, 1972 ; M. TOUMI, « Théorie et pratique du socialisme en Afrique », in « Revue Française d’Etudes Politiques Africaines », 1975, p. 63 ; P.-F. GONIDEC, « La conception de la démocratie dans les Etats à orientation socialiste », in « Le mois en Afrique », 1986, n°243-244, p. 34 ; J.-N. HAZARD, « Marxian, Socialism in Africa. The case of Mali, in Comparative Politics », 1969, p. 89 ; du même auteur, « Marxist Models for West African Law », in « Jus Privatum getium – Festschrift für Max Rheinstein, Tübingen », 1969, p. 285.

¹⁴⁷ Sur le droit algérien : B. ROSA, « Le certificat d’auteur d’invention dans le droit algérien », mémoire du CEIPI, non daté.

*lois hybrides [ont été], pour des raisons compréhensibles, difficiles à mettre en œuvre »*¹⁴⁸ et ont été abrogées¹⁴⁹.

Le même schéma se retrouve également à Madagascar¹⁵⁰.

Section 2 – La domination par ingérence directe

67. Importance de l'idéologie socialiste de nos jours. Actuellement, le régime socialiste de protection des inventions n'existe plus depuis la chute du Mur de Berlin et la disparition de l'Union Soviétique. Son importance reste tout de même de taille car il confère le meilleur exemple de domination juridique par ingérence directe de l'Etat dominant dans l'ordre juridique des Etats dominés.

Cependant, son intérêt réside autant dans le modèle de domination que dans l'ouverture du marché d'importation des lois, provoquée par la fin du socialisme soviétique. D'un côté, certains pays comme la Pologne ou la Roumanie, ont modifié leur législation pour la rendre conforme aux exigences d'une intégration dans l'Union Européenne, mais conservent des pratiques d'inspiration socialiste¹⁵¹ dans la gestion des offices. D'un autre côté, à l'instar de l'évolution connue dans les pays anciennement colonisés, le vide juridique consécutif à la chute du communisme a provoqué une concurrence entre les pays industrialisés sur le marché d'exportation du droit, afin non plus de satisfaire la continuité du système de protection, mais d'établir une rupture avec les doctrines tombées en désuétude.

68. Plan. Le faible nombre de pays concernés et la multitude d'influences qu'impose la domination par ingérence directe, qui dépend largement des événements politiques et économiques des Etats dominés, nous conduisent à étudier le droit socialiste des inventions d'un point de vue différent que le droit des pays anciennement colonisés, en tenant compte des spécificités de chaque République populaire. Ainsi, en suivant la chronologie des

¹⁴⁸ M. HIANCE et Y. PLASSERAUD, « Brevets et sous-développement », op. cit, p. 117.

¹⁴⁹ Ainsi l'ordonnance algérienne de 1966 a été abrogée par la loi du 29 juillet 2003.

¹⁵⁰ Sur le droit malgache : J. VELONTRASINA, « Introduction au droit de la propriété industrielle malgache », mémoire du CIDST, 1993.

¹⁵¹ A titre d'exemple, nous retrouvons dans la loi polonaise actuellement en vigueur la notion de « bénéfice de l'Etat » dans les conditions de délivrance d'un brevet.

événements, nous étudierons tout d'abord l'instauration du droit soviétique en fonction des spécificités des Républiques populaires (I), puis les tentatives des institutions soviétiques d'harmoniser les différentes législations socialistes en vigueur (II), et enfin le déclin du droit socialiste en faveur d'une nouvelle domination – communautaire – de type d'intégration (III).

I – L'instauration du droit soviétique des inventions dans les Républiques populaires d'Europe de l'Est

69. Plan. Une étude rapide des législations démontre une introduction différenciée du socialisme au sein des républiques populaires d'Europe orientale. Malgré l'existence d'institutions fondamentales communes (A), les spécificités politiques et économiques de ces pays ont provoqué une mutation du système de protection (B), et une dualité entre le brevet et les certificats d'auteur ou d'inventeur (C).

A – Les institutions fondamentales du droit soviétique

70. Stimulation de l'activité créatrice¹⁵². Comme l'a énoncé le Professeur EMINESCU, « *La stimulation de l'activité créatrice dans le domaine des techniques et, en même temps, l'aménagement des conditions les plus favorables à une plus large application des technologies perfectionnées qui résultent de cette activité, apparaissent comme les deux objectifs principaux et, en même temps, communs de la protection des inventions dans les législations socialistes* »¹⁵³. En tant que premier de ces principes fondamentaux, la stimulation de l'activité créatrice s'inscrit dans un contexte de concurrence scientifique dans des domaines directement liés à l'évolution de la guerre froide. La volonté de l'Union Soviétique, suivie par les républiques socialistes, de surpasser les Etats-Unis et les pays d'Europe occidentale dans le secteur de la recherche et du développement, a abouti à une complexification du droit socialiste, conjuguant le droit civil, le droit administratif, et certains moyens parajuridiques.

¹⁵² Concernant le droit des inventions soviétique, nous ne pouvons à proprement parler d'activité inventive, la protection s'étendant, comme nous le verrons, au-delà de l'invention.

¹⁵³ Y. EMINESCU, « La protection des inventions dans les pays socialistes européens », LGDJ, 1977, p. 14.

Sur le plan du droit civil, cet impératif aboutit à l'élargissement de la protection à des créations autres que purement inventive. La survie de l'Union Soviétique dépendant de son industrie et de sa faculté à progresser efficacement, la protection des activités scientifiques et industrielles ne se limite pas aux inventions et s'ouvre à d'autres objets comme les découvertes et les propositions de rationalisation, qui se définissent comme la participation du travailleur au perfectionnement technique et à l'amélioration des plans nationaux de production. Nous nous retrouvons donc face à ce que Mme. HIANCE et M. PLASSERAUD appellent « une propriété scientifique », par opposition à la propriété intellectuelle, qui se justifie par la place de la recherche fondamentale et du progrès scientifique dans l'économie socialiste¹⁵⁴.

Sur le plan administratif, nous constatons un nombre important d'obligations mises à la charge des entreprises et institutions socialistes envers l'Etat qui concernent les moyens de développement de l'activité créatrice, en accordant toute l'assistance nécessaire aux auteurs de propositions d'inventions. Nous citerons à titre d'exemple l'article 3 de la loi roumaine du 2 novembre 1974 qui prévoit l'obligation pour les institutions socialistes, d'une part de stimuler et d'encadrer l'activité du personnel scientifique, et d'autre part de prendre toutes les mesures nécessaires à la mise en valeur effective de la création dans la production nationale. De même, l'article 9.1 de la loi polonaise du 19 octobre 1972 prévoit l'obligation pour ses institutions d'accorder toute l'assistance nécessaire aux auteurs de propositions d'invention afin de promouvoir l'activité créatrice.

Enfin, sur le plan des moyens parajuridiques, la disparition de la profession de conseil en brevets en Union Soviétique, dès les premières années du régime soviétique, a permis l'extension du rôle des associations, syndicats et clubs d'auteurs de propositions d'inventions comme intermédiaires lors du dépôt de la demande de protection.

71. Orientation planifiée de l'activité inventive. L'aménagement de conditions plus favorables à une plus large application des technologies perfectionnées, comme deuxième principe fondamental du droit socialiste, se résume dans l'idée même de la planification. L'économie socialiste a représenté un ensemble unitaire, où les tâches réalisées au niveau

¹⁵⁴ D. KRAZNAY, « Les résultats de la collaboration des pays du COMECON en matière d'inventions », La propriété industrielle, septembre 1966, p. 98.

industriel ont été unifiées autour d'un plan d'Etat destiné à orienter toute l'activité économique d'un pays. Ainsi, le plan national de l'Union Soviétique a été établi sur une base institutionnelle : les plans des entreprises ont été regroupés pour former les plans des administrations centrales, eux-mêmes regroupés au sein des plans ministériels des Républiques fédérées, et ces derniers au sein du plan économique national.

La planification de l'activité créatrice, subordonnée aux tâches industrielles, a instauré une nouvelle définition de l'économie de la recherche formulée par le Professeur SOMINSKIJ¹⁵⁵ comme étant la formulation des exigences de la planification, l'organisation et l'administration de la recherche dans l'économie, sur la base non plus du profit mais du rendement, par l'obtention d'un maximum d'efficacité pour un minimum de dépense.

La planification de la recherche et du développement ayant fait partie intégrante de la planification économique nationale, les particularités de cette nouvelle définition ont justifié l'introduction dans les lois socialistes des spécificités suivantes :

- La recherche scientifique et l'introduction des techniques nouvelles dans les plans de production ont relevé d'organismes spécifiques dépendant du gouvernement. Nous pouvons citer à titre d'exemple le rôle prépondérant de l'académie des sciences de l'Union Soviétique et du Comité d'Etat à la science et à la technologie qui exerçaient un contrôle direct sur leurs établissements de recherche lors de l'élaboration des plans nationaux.
- La recherche s'est organisée autour d'objectifs de recherche, prévus par la thématization des plans. Dans les pays dont l'économie a été planifiée, des mesures, souvent nombreuses, tendent à orienter l'activité inventive vers les problèmes qui ont intéressé l'économie nationale. Signalons à titre d'exemple l'article 111 de la loi tchécoslovaque n°34 du 5 juillet 1957 qui obligeait les différents organes de l'Etat à organiser de manière planifiée l'activité créatrice dans des plans thématiques intéressant les objectifs principaux fixés par les plans économiques.
- Le calendrier de planification de la recherche calqué sur le processus d'élaboration des plans généraux suit une procédure rigide justifiant la mise en place d'un droit administratif de la recherche.

¹⁵⁵ V.-S. SOMINSKIJ, « Ekonomika naucnyh issledovanij », Ekon gaz , 1967, n°10, pp. 7-8.

- Le travail de promotion du progrès technique et la planification centralisée de la recherche ont rendu indispensable la création d'une administration spécialisée, qui s'est manifestée dans tous les pays étudiés par l'extension des pouvoirs de l'office des inventions. En plus de la gestion des dépôts, ce dernier comportera une section économique assurant la sélection des inventions dont la mise en œuvre intéresse l'économie nationale, la coordination dans l'exploitation de ces inventions et leur intégration dans les plans de développement nationaux, et le contrôle de la bonne exécution de ces plans par les autorités responsables.

B – La classification selon les spécificités des Républiques populaires

72. Une pluralité de droits socialistes des inventions. Dès la fin de la Seconde Guerre Mondiale, les pays d'Europe de l'Est ont été intégrés à la sphère d'influence de l'Union Soviétique et ont été réorganisés au niveau institutionnel selon des principes issus de la doctrine communiste, dont la source a été la politique extensionniste de l'Union Soviétique. Cette réorganisation institutionnelle a été la transition vers un système d'économie planifiée et dirigée par l'Etat¹⁵⁶, liée à une société structurellement organisée, dont la manifestation juridique s'est présentée dans toutes les Républiques populaires par l'importance des acteurs intermédiaires dans l'élaboration des lois et l'exécution, selon attribution, des activités propres à la propriété industrielle.

Cependant, l'étude des lois promulguées entre 1950 et 1970 dans les Républiques populaires nous montre que cette communauté doctrinale n'a pas été suffisante pour permettre l'harmonisation totale du droit des inventions, ayant rendu difficile – voire impossible – l'édification d'un droit socialiste des inventions¹⁵⁷. Pour étayer nos propos, nous mettrons en évidence deux axes de différenciation.

D'une part, une première division s'est effectuée en droit entre les Républiques socialistes, dont l'économie a été entièrement collectivisée (Union Soviétique, Tchécoslovaquie et

¹⁵⁶ Sur ce point, cf. S. WELLISZ, « Initiation aux économies socialistes », Ed. Economie et Humanisme, 1968.

¹⁵⁷ M. HIANCE et Y. PLASSERAUD, « La protection des inventions en Union Soviétique et dans les Républiques populaires d'Europe », Librairies Techniques, 1969 ; Y. EMINESCU, « La protection des inventions dans les pays socialistes européens », op. cit. ; K. KATZAROV, « Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht der UdSSR und des Volksdemokratien Europas », Verlag Chemie, 1960.

Roumanie), et les Républiques populaires où le secteur privé a survécu à la planification de la production nationale.

D'autre part, si certaines Républiques, déjà industrialisées avant la Seconde Guerre Mondiale, ont acquis un système développé de protection par le brevet, d'autres n'ont pas connu une forte industrialisation et se sont construites sur une économie rurale. Ainsi, quand dans les premières, l'adoption de nouvelles institutions copiées sur le modèle soviétique s'est confrontée à la survivance de traditions établies, les secondes ont immédiatement abrogé une législation peu importante en la matière.

Pays	EC	ENC	IND.	AGR.	Pays annexés à l'URSS
Albanie		√		√	
Biélorussie					√
Bulgarie		√		√	
Estonie					√
Hongrie		√	√		
Lettonie					√
Lituanie					√
Pologne		√	√		
R.D.A		√	√		
Roumanie	√			√	
Tchécoslovaquie	√		√		
Ukraine					√
Yougoslavie		√		√	

TABLEAU N°2 : DIFFERENCIATION DES REPUBLIQUES POPULAIRE SELON LEURS TYPES D'ECONOMIE

EC = économie collectivisée, ENC = économie non collectivisée, IND = pays industrialisés,
AGR = pays agricole

73. Un pays fortement industrialisé à économie collectivisée. Du fait de son développement industriel, le plus important en Europe de l'Est, la Tchécoslovaquie a connu un système complet de protection des inventions que les lois socialistes ont seulement complété en y intégrant les principes doctrinaux en vigueur à cette époque. La loi n°6 du 28 mars 1952 n'a pas supporté cette confrontation. En effet, elle s'est bornée à énoncer les objectifs socialistes et le rôle des inventeurs dans l'édification du socialisme, sans prévenir la contradiction dans

l'application des principes aux faits. La loi n°34 du 5 juillet 1957 a alors corrigé cette erreur en tenant compte des pratiques anciennes inhérentes au pays. Ainsi, si elle rassemble toutes les dispositions socialistes du droit des inventions destinées à une économie collectivisée (prédominance du certificat d'auteur d'invention et des cessions d'invention, protection des découvertes, organisation centralisée de l'exploitation des inventions...), elle garde la structure institutionnelle d'inspiration autrichienne utilisée avant-guerre.

74. Un pays fortement industrialisé à économie non-collectivisée. Outre les exemples de la Hongrie et de la Pologne, le droit de la République Démocratique d'Allemagne se démarque par la naissance de la compétition entre l'Allemagne de l'Est et l'Allemagne de l'Ouest dans les domaines de la recherche et du développement. En effet, la plupart des décisions de la *Deutsche Wirtschaftskommission*, comme la création d'un office des brevets en 1948, ont été instaurées en réponse aux propres décisions de la *Wirtschaftsrat des Vereinigten Wirtschaftsgebietes*. La loi du 6 septembre 1950 a donc été marquée par l'urgence et la volonté de pousser à l'extrême la vulgarisation du droit socialiste aux fins d'une diffusion à grande échelle. Cette nouvelle législation reprenait alors les principales dispositions de l'ancienne loi allemande de 1936, en y intégrant les caractéristiques typiques du droit socialiste. La non-collectivisation du marché économique a cependant limité cet impact puisque la protection principale restait le brevet, et non le certificat d'auteur d'invention tel qu'établi en Union Soviétique. Ainsi, plus que les dispositions, c'est l'esprit de la loi qui a été modifié, afin de correspondre aux nécessités idéologiques socialistes.

75. Un pays faiblement industrialisé à économie collectivisée. Le seul pays qui corresponde à cette catégorie est la Roumanie. L'absence de réelle cohérence du droit roumain d'avant-guerre a permis à l'arrêté n°943 du 7 septembre 1950 d'y intégrer sans difficulté les caractéristiques du droit socialiste des inventions destiné à une économie collectivisée. Cet arrêté, quasi-identique à la loi soviétique originelle, prévoyait en effet la protection par certificat d'auteur d'une invention dont le brevet appartenait à l'Etat, en distinguant les inventions de base et les inventions de service, cédées à l'Etat, ou concernant un domaine intéressant directement l'Etat (nucléaire, alimentaire, santé publique...)

Cependant, la politique indépendantiste de Ceausescu arrivé au pouvoir en 1965 a abouti à la loi du 30 septembre 1967 qui s'est présentée comme une simplification de l'ancien texte. Cependant, même si elle s'est démarquée par son détachement envers les institutions soviétiques, cette loi est restée fortement influencée par le modèle socialiste. Ainsi, nous constatons dans ce texte la survivance d'une double délivrance de titres, à ceci près que le brevet n'est plus délivré au nom de l'Etat, mais à celui de l'entreprise socialiste. De plus, la Roumanie étant restée un pays à économie collectivisée, il n'a subsisté aucune entreprise privée capable d'exploiter l'invention, laissant de fait l'exclusivité à l'Etat.

76. Un pays faiblement industrialisé à économie non collectivisée. Ces pays, dépourvus¹⁵⁸ de législation en matière de brevet¹⁵⁹, ou dépassés par celle-ci¹⁶⁰, ont adopté des lois quasi-identiques aux premières lois soviétiques, élaborées alors que l'Union Soviétique disposait encore d'une économie agricole affaiblie par la guerre. Ces pays n'ont donc vu aucun inconvénient à les conserver dans leur ensemble. Remarquons tout de même que la Yougoslavie s'est démarquée par l'originalité de son économie. A ce titre, Joseph KLATZMANN¹⁶¹ a-t-il pu commencer son étude, en relevant qu'il s'agissait : « d'un pays socialiste, peuplé en majorité d'agriculteurs individuels et où règne la libre concurrence ». La doctrine yougoslave a en effet toujours considéré le certificat d'auteur incompatible avec l'organisation économique du pays. Stojar PRETNAR¹⁶² expliquait, à propos de la loi yougoslave de 1960, que le certificat d'auteur ne pouvait exister qu'à l'intermédiaire d'une économie strictement centralisée. Cependant, l'expérience de la planification économique rigide n'avait pas eu l'effet escompté¹⁶³, aboutissant dès 1951 à une profonde réforme de décentralisation économique, beaucoup plus adaptée à la décentralisation politique déjà existante en raison de l'organisation fédérale de l'Etat.

¹⁵⁸ La Bulgarie fut dépourvue de législation en matière de brevet de 1878, date de son autonomie à l'Empire Ottoman, à 1921. La loi de 1921, influencée par la loi grecque de 1920, a cependant connu de sérieux défauts d'application. Sur ce point, voir S. KOLEV, « Lettre de Bulgarie », *Propriété Industrielle*, 1948, p. 137.

¹⁵⁹ L'Albanie, alors protectorat italien, pratiqua la loi turque de 1880 jusqu'en 1946

¹⁶⁰ La Yougoslavie connut différents régimes de protection suivant les régions. La Bosnie-Herzégovine connut le régime turc, La Croatie et la Dalmatie le régime autrichien, et la Volvoïde le régime hongrois. La Serbie fut dépourvue de protection jusqu'en 1920, date du premier texte national applicable à toutes ces régions.

¹⁶¹ J. KLATZMANN, « L'originalité de l'économie yougoslave », *Revue économique*, 1957, n°3, p. 476.

¹⁶² S. PRETNAR, « Lettre de Yougoslavie », *Propriété Industrielle*, 1961, n°9, p. 216.

¹⁶³ La réussite de la planification exige la satisfaction de trois conditions : une structure politique centralisée, l'existence à tous les échelons de cadres hautement qualifiés, et la responsabilité immédiate des dirigeants. Aucune de ces conditions n'étaient réunies en Yougoslavie.

C – Une dualité de protection

77. Différents types de protections. Selon les particularités des pays que nous avons énumérés, nous avons pu identifier trois types de protection. Le premier, basé sur le certificat d'auteur, se retrouve dans les lois soviétique, albanaise, bulgare et tchécoslovaque. Le deuxième, utilisant le brevet comme principale protection, se retrouve dans les systèmes hongrois, allemand et yougoslave. Enfin, la Pologne et la Roumanie se caractériseront par l'application de deux titres en parallèle.

Pays	Législations fondées sur le certificat d'auteur comme principale protection	Législations fondées sur le brevet adapté au socialisme comme principale protection	Législations fondées sur le brevet, doublé d'un certificat.
URSS	√		
Albanie	√		
Bulgarie	√		
Hongrie		√	
Pologne			√
RDA		√	
Roumanie			√
Tchécoslovaquie	√		
Yougoslavie		√	

TABLEAU N°3 : CLASSIFICATION DES REPUBLIQUES POPULAIRES SELON LEURS LEGISLATIONS

78. La protection par le certificat d'auteur. Un premier groupe de législations (Union Soviétique, Bulgarie, Albanie et Tchécoslovaquie) ont eu en commun d'avoir adopté comme protection principale le certificat d'auteur, tout en conservant comme protection subsidiaire le brevet. De ce fait existait un droit d'option entre ces deux titres, réduit à l'extrême pour des raisons d'intérêt social, voire impossible pour certains types d'invention¹⁶⁴. La nature même du certificat d'auteur a cependant conduit l'inventeur à le préférer, ce dernier ne pouvant

¹⁶⁴ Ont été prises en compte ici les inventions réalisées en rapport avec le travail de l'inventeur dans une entreprise d'Etat, ainsi que les inventions pour lesquelles l'inventeur a reçu une aide matérielle de l'Etat.

exploiter l'invention lui-même et préférant déléguer son pouvoir à l'Etat contre rémunération. Le rôle du brevet est alors quasi-inexistant, son origine étant le désir de faciliter la coopération internationale.

Au vu de son objet, le certificat d'auteur a été l'instrument juridique typiquement adapté aux conditions d'une économie socialiste planifiée. Parce qu'en pratique il appartenait à l'Etat, ce dernier assurait les aspects positifs (exploitation de l'invention par les entreprises d'Etat) et les aspects négatifs (interdiction de l'exploitation par des tiers), laissant à l'inventeur un droit moral de reconnaissance et une rémunération forfaitaire.

Du point de vue de l'Etat, ce certificat a eu l'avantage d'assurer les objectifs socialistes incitant la mise à disposition de l'invention au sein de la collectivité autant pour des fins de planification économique que pour leur utilité dans la vie sociale. Quant à l'inventeur, ce dernier a pu se voir attribuer un droit moral sur l'invention, par la reconnaissance de son statut d'auteur véritable de l'invention, un droit pécuniaire proportionnel à l'exploitation de l'invention, et des avantages annexes liés comme l'inscription de l'invention sur le livret de travail de l'inventeur, la nomination à des postes scientifiques, l'augmentation de la surface habitable etc...

79. Le brevet. L'utilisation du brevet comme principal titre de protection ne résulte pas d'une volonté commune de la Hongrie, de la RDA et de la Yougoslavie d'harmoniser leur législation, mais du rejet du certificat d'auteur en raison de plusieurs facteurs politiques et économiques spécifiques à chaque Etat. Cependant, si le brevet retrouve ici ces caractéristiques principales quant à la brevetabilité de l'invention et la transmission volontaire des droits, n'oublions pas l'influence considérable de la doctrine socialiste sur son utilisation par la collectivité.

80. Une dualité des droits. *« En réinstituant le brevet comme seule forme de protection, la Yougoslavie (en 1951, suivie par la Hongrie en 1957) a mis fin au système dualiste de la protection accordée aux inventions. En revanche, nous avons affaire maintenant à un autre*

dualisme intéressant, qui caractérise le brevet lui-même »¹⁶⁵. Alors que le brevet était devenu l'unique titre de protection, la différence entre le droit moral et le droit d'exploitation de l'auteur, que nous retrouvons dans tous les législations socialistes, persistait.

Le droit moral était prévu par l'article 3 de la loi yougoslave et par l'article 7 de la loi hongroise. Ces dispositions incluaient non seulement le droit à la qualité d'auteur, mais également le droit au nom, c'est-à-dire le droit de l'auteur d'être expressément mentionné dans tous les documents relatifs au brevet. Ce droit moral était d'ailleurs la base de toute rémunération par l'Etat ou une entreprise nationale.

Nous nous intéresserons cependant davantage au droit d'exploitation, qui bien qu'appliqué à une économie concurrentielle, conservait les caractéristiques des titres de protection socialistes. L'article 11 de la loi hongroise prévoyait l'acquisition, par le titulaire du brevet, du droit exclusif d'exploiter son invention ou de concéder une licence d'exploitation à un tiers. Cette disposition correspondait parfaitement à l'optique occidentale du droit d'exploitation, si elle n'était pas grevée d'un second alinéa, prévoyant l'obligation d'exploiter l'invention d'une manière à satisfaire les besoins de l'Etat, ou de concéder, à cette fin, une licence à un tiers apte à valoriser l'invention dans l'économie socialiste. En effet, la structure économique socialiste réduisait le droit exclusif de l'inventeur à son aspect négatif, celui d'interdire l'exploitation de l'invention par un tiers, le droit positif étant alors réduit à la simple possibilité d'accorder des licences d'exploitation.

81. Le commerce extérieur. L'autre influence de la doctrine socialiste a été le monopole du commerce extérieur et la création de centrales d'achat gérant le commerce des licences. L'impact de ces sociétés a cependant été moindre en Yougoslavie et en Hongrie qu'en Union Soviétique, car étant simplement intermédiaire entre le ressortissant et l'investisseur étranger, elles ne se sont jamais substituées aux entreprises dans la prise de décision. Le seul contrôle étatique était alors celui de la banque centrale allouant les devises nécessaires à la conclusion des contrats, contrôle devenu inefficace si l'entreprise disposait de suffisamment de devises à son compte.

¹⁶⁵ S. PRETNAR, « Lettre de Yougoslavie », op. cit., p. 216.

82. La République démocratique d'Allemagne. La loi allemande de 1950, parce que les circonstances de sa création étaient différentes, est restée un cas particulier instituant un régime éclectique de protection par le brevet. Souhaitant garder les dispositions traditionnelles du droit des brevets, adaptées aux doctrines socialistes, le législateur allemand avait souhaité consacrer un droit d'option de l'inventeur entre deux types de brevet.

Le brevet exclusif (Ausschliessungspatent) a revêtu toutes les caractéristiques du brevet traditionnel, sans aucune limitation des droits d'exploitation du breveté.

Par contre, le brevet économique (Wirtschaftspatent) correspondait à la conception socialiste de l'exclusivité, prévoyant le droit d'exploiter l'invention dans les conditions de l'économie socialiste, c'est-à-dire que tout intéressé pouvait demander une licence d'exploitation en adressant une requête directement à la section économique de l'office des brevets. Bien que l'effet soit en pratique identique à celui du certificat d'auteur soviétique, nous ne pouvons les confondre étant donné le nombre d'aspects juridiques qui les différencient¹⁶⁶.

83. Le brevet doublé d'un certificat délivré à l'inventeur. Ce qui a rapproché les lois polonaises et roumaines, est d'avoir consacré le brevet comme seul titre de protection, tout en créant un certificat délivré à l'inventeur¹⁶⁷. Ce titre subsidiaire était alors né du droit d'option de l'inventeur entre l'enregistrement du brevet à titre individuel, ou la cession des droits à une entreprise nationale au moment de l'enregistrement du brevet. Rappelons que ces pays ne dérogeant pas à la règle socialiste, le titulaire du brevet individuel ne pouvait satisfaire son obligation d'exploitation qu'au travers d'une licence accordée à une entreprise nationale.

Le brevet étant le principal titre, détaillé sous sa forme classique¹⁶⁸, le certificat délivré à l'inventeur ne doit pas être confondu avec le certificat d'auteur soviétique car il n'a présenté aucune fonction de protection de l'invention. Outre le droit moral de l'inventeur d'être identifié comme tel, ce certificat servait de base à sa rémunération par l'entreprise nationale devenue titulaire du brevet par cession ou licence.

¹⁶⁶ A titre d'exemple, nous pouvons noter la délivrance du brevet pour une durée déterminée, l'obligation de payer une redevance au même titre qu'une licence contractuelle...

¹⁶⁷ Notons alors que si ce certificat était toujours délivré en Pologne, il ne concernait en Roumanie qu'un certain type d'inventions : les inventions d'entreprise, celles d'intérêt social et celles faisant l'objet d'une cession volontaire.

¹⁶⁸ Nous ne reconnaissons aucune différence notable entre les brevets roumains et polonais de ceux délivrés en Hongrie et en Yougoslavie.

II – Le Conseil d'Aide Economique Mutuelle (CAEM) et l'harmonisation du droit des inventions.

84. L'institution¹⁶⁹. Le conseil d'aide économique mutuelle a été créé le 25 janvier 1949 en réponse à la création de l'OECE en Europe Occidentale, afin de favoriser la cohésion et le développement des échanges entre les pays signataires. Ces domaines de compétence ont principalement été la coopération économique, technique et scientifique entre les Etats-membres, l'échange des biens et l'assistance technique.

Le CAEM s'est très vite intéressé aux problèmes d'harmonisation de la propriété industrielle, à cause de la concurrence entre la RDA et la Tchécoslovaquie dans le domaine de la recherche et du développement, et a instauré une coopération entre les Etats, d'abord sous la forme bilatérale, par la collaboration entre office des brevets, puis sous la forme multilatérale, par l'institution de groupes de travail dont l'objet était d'une part l'harmonisation des textes en vigueur dans les Etats-membres, et d'autre part la coordination avec les organisations internationales compétentes (OMPI et BIRPI).

85. L'échange de documents techniques. Afin de respecter ses objectifs de mise en commun des ressources techniques, scientifiques et industrielles, la première réunion des représentants des offices des brevets à Berlin en 1959 a préconisé le renforcement des liens entre ces offices en matière d'information, et l'échange des fascicules de brevets et des publications concernant les inventions et rationalisations. Le CAEM a alors instauré un système de communication entre Etats de tout document relatif à une invention protégée sur son territoire. Toutefois, cette mesure, justifiée par la « division internationale socialiste du travail », en a connu le même sort désastreux, étant donné l'absence d'équilibre dans l'échange d'informations entre les pays fortement industrialisés et les pays faiblement industrialisés. La principale conséquence fut la baisse du nombre de dépôts au sein des offices, privilégiant le secret au brevet ou au certificat d'auteur d'invention, et évitant ainsi une publication dans les autres pays-membres, où la protection n'est pas étendue.

¹⁶⁹ Sur la composition et les objectifs du CAEM, cf. J. CAILLOT, « Le CAEM, aspects juridiques et formes de coopération économique entre les pays socialistes », LGDJ, 1971.

86. L'harmonisation des législations. Toutefois, le travail le plus ambitieux du CAEM a été de tenter l'harmonisation la plus complète des législations sur les brevets, par le biais de recommandations transmises directement aux directeurs des offices concernés.

Le caractère non exécutoire et spécifique à chaque pays de ces recommandations a largement limité leur impact dans le processus d'harmonisation. Ainsi, nous avons pu constater que les recommandations sur la dualité de protection brevet – certificat d'auteur sont restées lettres mortes notamment en Hongrie, RDA et Yougoslavie.

Les principaux points alors harmonisés par le CAEM ont été les questions de définition¹⁷⁰ d'une part de l'objet de la protection, et d'autre part des licences, que nous retrouvons dans toutes les législations sans exception.

La découverte et l'invention ont-elles été définies ainsi : *« est considérée comme une découverte la détermination par des preuves théoriques ou par l'expérimentation, de lois, de particularités ou de phénomènes du monde matériel jusqu'alors inconnus mais existant objectivement. Est considérée comme une invention la solution technique nouvelle d'un problème qui marque un progrès par rapport à l'état connu de la technique¹⁷¹ »*. Et concernant la proposition de rationalisation : *« est considérée comme une proposition de rationalisation une proposition, faite à une entreprise en vue d'y être appliquée, qui contient la solution technique d'un problème et qui n'a pas antérieurement été mise en œuvre dans cette entreprise »*. Excepté l'exacerbation de la notion de progrès, typique de la volonté d'intégrer l'innovation comme principe fondamental de la politique socialiste, ces définitions sont clairement similaires aux définitions actuelles de ces objets, et offrent ainsi un premier stade d'harmonisation au niveau international.

De même, concernant les licences, les recommandations du CAEM ont mis en place les dispositions adoptées par la Convention d'Union de Paris afin de satisfaire pleinement leurs obligations internationales, et de s'harmoniser sur un système mondialement reconnu.

¹⁷⁰ D. PUTZAI, « La coopération entre les pays socialistes membres du CAEM dans le domaine de la propriété intellectuelle », *Propriété industrielle*, août 1965, p.181 ; D. Krasznay, « Les résultats de la collaboration des pays du COMECON en matière d'invention », *op. cit.*, p. 98.

¹⁷¹ M. HIANCE et Y. PLASSERAUD : « La protection des inventions en Union soviétique et dans les Républiques populaires d'Europe », *op. cit.*, p. 26.

Ce travail d'harmonisation a abouti en avril 1973 par l'adoption à Moscou d'un accord relatif à la protection des inventions, dessins et modèles industriels, des modèles d'utilité et des marques, instaurant une véritable unification des droits concernant les définitions des objets de protection¹⁷².

III – La chute du soviétisme

87. La rupture. La chute du mur de Berlin et du régime communiste a ouvert un marché d'importation de droit qui, à la différence des Etats anciennement colonisés souhaitant assurer la continuité des services publics, entend marquer une rupture avec la doctrine socialiste et un retour aux traditions romano-germaniques restées sous-jacentes dans certains de ces pays. La libéralisation progressive de l'Union Soviétique et des Républiques populaires entamés par les réformes économiques de la *Pérestroïka* a amorcé le déclin des principes socialistes fondateurs du droit des inventions, notamment la place centrale de l'Etat dans la gestion de l'exploitation, et a facilité l'adoption de nouvelles lois dès 1992. La lecture de ces législations post-URSS nous montre l'abandon total du certificat d'auteur dans tous les pays d'Europe orientale, au profit d'un système de protection par le brevet.

88. L'internationalisation de la propriété intellectuelle. Le vide juridique alors opéré par le rejet des dispositions socialistes relatives aux inventions s'est placé dans un contexte éminemment international, favorable à l'importation des lois de type occidental. Malgré le passé d'origine romano-germanique de ces pays issus des anciens Empire Russe, Allemand et Austro-hongrois, apparaît une certaine influence du droit anglo-saxon favorisée par l'ingérence d'organismes financiers internationaux (Banque Mondiale et Fonds Monétaire International) très ouverts à l'approche anglo-saxonne des affaires dans leur reconstruction économique. Cependant, la base même de leur législation se trouve dans une volonté d'harmonisation du droit tant au niveau régional qu'international.

¹⁷² J. RAJSKI : « Le rapprochement et l'unification du droit dans le cadre du CAEM », Revue Internationale de droit comparé, 1976, n°3, pp. 461-473.

L'instabilité juridique ambiante de ces pays a été source de compétition¹⁷³ entre les principaux pays industrialisés, en vue d'instaurer une nouvelle domination juridique, par voie de coopération bilatérale ou, telle a été le cas avec l'Union Européenne, d'intégration. Bien que la proximité géographique et les traditions juridiques communes ne soient pas négligeables, la promesse d'un marché économique commun a largement convaincu les législateurs est-européens d'adopter des dispositions semblables à la Convention de Munich de 1973. Ainsi, comme a pu l'affirmer en 1998 Vladimira HUSAKOVA : « *La République tchèque a demandé l'adhésion à l'Union européenne. Le jour de l'acceptation, l'ensemble de l'acquis communautaire - toutes les lois et règlements primaires et secondaires de l'Union européenne est devenu une partie du système juridique tchèque. Il a en effet été compris que, jusqu'à ce que le système juridique européen soit suffisamment incorporé dans le système juridique tchèque, il ne pouvait y avoir d'adhésion à l'Union Européenne. Ce processus d'adhésion à l'Union européenne limite en permanence les possibilités de décisions du parlement et du gouvernement tchèques sur de nombreuses questions économiques, y compris la propriété intellectuelle et le transfert de technologie vers une certaine direction, définie par l'Union européenne, ce qui est bénéfique et garantit la stabilité du pays et un environnement de sécurité pour les investisseurs étrangers*¹⁷⁴ ». La République Tchèque a alors adopté dès le 1er janvier 1991 une nouvelle loi sur les brevets, dont la structure rappelle la loi allemande et dont les dispositions ont été calquées sur la Convention de Munich de 1973. La phase d'harmonisation du droit tchèque s'est ensuite complétée avec la ratification de la Convention de Munich en 2002, et son entrée dans l'Union Européenne en 2004.

89. L'Allemagne. Pour conclure, nous citerons le cas particulier de la réunification de la RFA et de la RDA qui a provoqué la confrontation de deux ordres juridiques distincts. Suite à la disparition de ces deux Etats au profit d'une République fédérale directement intégrée dans l'Union Européenne, il a paru évident de conserver les acquis communautaires en la matière. La question s'est cependant posée pour l'étendue géographique et la coexistence des

¹⁷³ Ainsi le Conseil d'Etat français a pu déclarer que : « *de tels programmes d'adaptation massive du droit national font [des anciennes Républiques populaires] les lieux d'une compétition intense entre institutions publiques et professionnels du droit de divers Etats européens et des Etats-Unis, non seulement afin de gagner des positions d'influence durable, mais aussi afin de bénéficier de ce qui représente un véritable marché de la coopération* ». Les Etudes du Conseil d'Etat, « L'influence internationale du droit français », La Documentation Française, 2001, p. 40.

¹⁷⁴ V. HUSAKOVA : « *Industrial Property Protection and Technology Licensing in the Czech Republic in 1998* », in « *Intellectual Property Rights in Central and Eastern Europe* », IOS Press, 1998, p. 121 (traduction).

protections obtenues avant la réunification. La *Erstreckungsgesetz*, ou loi sur l'extension des droits de propriété industrielle, du 1^{er} mai 1992 a étendu les protections accordées avant réunification en RDA et en RFA, à l'ensemble du territoire unifié. En cas de coexistence des protections accordées sur une même invention à la fois en RDA et en RFA, les titulaires des brevets ne peuvent faire valoir leurs droits l'un contre l'autre, peu importe la priorité d'enregistrement¹⁷⁵. Ces règles sont bien entendu grevées de toute une série d'exceptions.

Section 3 – La domination bilatérale

90. Bilatéralisme et multilatéralisme. L'une des premières erreurs présentes dans la doctrine est de mettre en concurrence le bilatéralisme et le multilatéralisme comme voie d'exportation du droit, sans tenir compte de leur complémentarité. Le multilatéralisme a fait ses preuves dans le processus d'harmonisation du droit avec l'universalisation de règles déjà établies, alors consacrées au niveau international. Les organisations internationales ne sont pas des organes d'élaboration du droit – même si elles tendent à le devenir. Nous sommes face à un système de souveraineté nationale dans lequel plus de deux cents entités différenciables par leur culture juridique ne peuvent s'accorder sur un droit nouveau sans action préalable. Le bilatéralisme intervient alors en amont de toute convention multilatérale afin de faciliter les négociations entre un nombre restreint d'Etat et sous des conditions diplomatiques purement westphalienne. En résumé, le bilatéralisme est une voie d'exportation d'un droit qui sera ensuite consacré au sein des organisations internationales.

91. Le bilatéralisme américain. La domination bilatérale prend alors une place particulière dans notre étude puisqu'elle représente un cadre de négociation exempt de tous les éléments

¹⁷⁵ La section 26 de la loi du 1^{er} mai 1992 (traduction) énonce :

« (1) Lorsque les demandes de brevet ou les modèles d'utilité, qui sont étendus conformément à la présente loi sur le territoire de la République fédérale, coïncident dans leur champ de protection et sont en accord avec l'extension, les propriétaires de ces droits de protection ou des demandeurs de droit de protection indépendamment de leur rang de temps ne peuvent ni revendiquer lesdits droits ni lesdites demandes contre l'autre.

(2) Toutefois, l'objet du droit de protection ou de la demande de droit de protection ne doit être utilisé que sous restriction dans le territoire auquel le droit de protection a été prolongé, dans la mesure où l'utilisation illimitée entraînerait une atteinte essentielle au titulaire de l'autre droit de protection ou à la protection du droit (...) qui, en prenant en compte toutes les circonstances de l'affaire et en pesant les intérêts justifiés des parties, serait injuste ».

factuels présents lors des dominations postcoloniale et soviétique, ainsi que du cadre institutionnel des organisations internationales. Nous avons alors choisi de reprendre le bilatéralisme américain – mis en avant dans la thèse de Jean-Frédéric MORIN¹⁷⁶ – qui se caractérise par son absence d’interaction avec les autres formes de domination, puisque les Etats-Unis n’ont connu aucune politique de colonisation¹⁷⁷ ni d’ingérence directe dans la souveraineté de pays-orbites. Ainsi nous étudierons dans un premier temps la typologie des conventions bilatérales ratifiées par les Etats-Unis (I) pour ensuite appréhender la structure des négociations engagées sur le droit des brevets (II).

I – Typologie des conventions bilatérales ratifiées par les Etats-Unis

92. Différents types d’Accord. Si l’Union Européenne privilégie encore les Accords de libre-échange comme formule bilatérale d’exportation de son système de protection des brevets, ils ne représentent qu’un infime volet du bilatéralisme commercial américain. Les bureaux du représentant du commerce opèrent en effet une distinction entre les accords de libre-échange, les accords spécialisés, les dialogues, et les initiatives régionales¹⁷⁸. Ces dernières seront pourtant exclues de notre étude car les Etats-Unis sont actuellement engagés dans quatre grandes initiatives régionales toutes aussi ambitieuses qu’inefficaces¹⁷⁹.

93. Les Accords de libre-échange. Actuellement, les Etats-Unis ont ratifié des Accords de libre-échange avec vingt pays privilégiés situés sur le continent américain et la péninsule arabique. Le contexte spatio-temporel lié à ces accords nous apporte des éléments essentiels à leur compréhension. En effet, si nous excluons le traité négocié avec Israël dont les origines sont liées à des événements socioculturels communs aux deux pays, la totalité des Accords de

¹⁷⁶ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit.

¹⁷⁷ Nous mettrons évidemment de côté l’existence de territoires américains non incorporés (Guam, Porto Rico, Iles Samoa, Iles Mariannes du Nord) ainsi que toutes les îles inhabitées et sites naturels protégés soumis au droit américain.

¹⁷⁸ La liste complète des différents Accords se situe à l’annexe III du rapport préparé par les services du Représentant au commerce pour l’année 2012 : Représentant du commerce, *2012 Trade policy Agenda and 2011 Annual Report of the President of the United States on the Trade Agreements Program*, <http://www.ustr.gov/sites/default/files/Annex%20III.pdf> (consulté le 1er juillet 2016).

¹⁷⁹ C. DEBLOCK, « Le bilatéralisme commercial des Etats-Unis », Cahier de Recherche du CEIM, septembre 2008, p. 32 : « Pour dresser un bilan rapide, toutes ont du plomb dans l’aile. Ou du moins, si elles sont toujours là et que personne ne conteste l’utilité des rencontres officielles, les choses se passent désormais en dehors ».

libre-échange ont été conclus sous l'administration Bush entre 2000 et 2008. Notons par ailleurs qu'en 2008, les Accords avec l'Oman et le Pérou sont entrés en vigueur bien après leur négociation. La procédure d'approbation par le Congrès prévue par la loi de 2002 sur le commerce qui devait s'appliquer fut écartée par les tensions entre le Congrès et le Gouvernement, et les élections présidentielles de 2008¹⁸⁰.

Le choix de l'Accord de libre-échange s'intègre donc dans une politique économique purement républicaine dans laquelle la politique des Etats-Unis « *s'est manifestée dans les multiples appels en faveur d'un renouvellement de la législation 'Fast Track' (rebaptisée 'Trade Promotion Authority'), dans l'achèvement du processus d'adhésion de la Chine à l'OMC, et dans le soutien enthousiaste à deux grands projets : la négociation d'une zone de libre-échange américaine s'étendant du Yukon au Cap Horn, et le lancement d'un grand round douanier que, à Seattle, en novembre 1999, Bill CLINTON avait préféré, pour des raisons intérieures, saborder* »¹⁸¹.

Comme l'ALENA avant eux, tous les Accords de libre-échange n'ont pas pour objet principal de régler la protection de la propriété intellectuelle mais prévoient généralement un article sur le droit des brevets. Sans pouvoir mettre en lumière un modèle-type, nous pouvons remarquer deux particularités :

- La conclusion d'Accord de libre-échange ne s'est faite qu'avec des Etats-membres de l'OMC, qui ont une expérience en matière de droit des brevets non négligeable. Aucune mention n'est alors faite aux fondements de la protection de la propriété intellectuelle comme les définitions de la brevetabilité et le renforcement de l'action en contrefaçon. En effet, ces points ont été considérés comme acquis suite à l'adhésion à l'OMC et la politique américaine – à l'opposé de la politique européenne – ne favorise pas la superposition de droits identiques au sein des conventions concurrentes¹⁸².
- Les règles disposées dans ces Accords se répartissent alors selon des prescriptions qui vont au-delà de l'Accord sur les ADPIC : la brevetabilité des végétaux et des produits pharmaceutiques, le délai de grâce, la protection par les obtentions végétales, ou

¹⁸⁰ Ibid. p. 27

¹⁸¹ P. MELANDRI et J. VAISSE, « La politique étrangère de George W. Bush », in « La politique étrangère des Etats-Unis », p. 513, <http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/melandri2002.pdf> (consulté le 1er juillet 2016).

¹⁸² Tel est le cas par exemple entre les Accords de libre-échange européen, qui prévoient systématiquement à l'adhésion à l'OMC et au respect de l'Accord sur les ADPIC, des Etats qui pour la plupart y sont déjà membres.

encore la prolongation de la durée de protection afin de compenser les délais d'enregistrement des brevets...

94. Les accords spécialisés. Vingt-cinq Accords sur la propriété intellectuelle ont été ratifiés par les Etats-Unis entre 1986 et 2006, et se divisent en trois catégories selon les Etats contractants : les accords ratifiés avant la création de l'OMC¹⁸³, les accords ratifiés avec des pays non-membres de l'OMC (au moment de la signature)¹⁸⁴, et les accords ratifiés avec les pays d'Amérique latine économiquement dépendant des Etats-Unis, qui feront par la suite l'objet d'accords de libre-échange¹⁸⁵.

La quasi-totalité de ces accords résultent des menaces de sanctions unilatérales exercées par les Etats-Unis contre les Etats ne disposant pas d'une protection suffisante contre la contrefaçon. La législation américaine surnommée le « spécial 301 » résultant de *l'Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988 permet au Représentant du commerce de dresser la liste des pays dont la politique commerciale a des effets négatifs pour les Etats-Unis. Les pays mentionnés sont alors contraints de négocier un accord sous peine de sanctions unilatérales. Comme le remarque Jean-Frédéric MORIN, « *cette pression coercitive a conduit plusieurs pays importateurs de technologie à conclure des accords bilatéraux de propriété intellectuelle* »¹⁸⁶. Ils ont alors deux particularités :

- Contrairement aux accords de libre-échange, les accords spécialisés ne prévoient pas pour les Etats contractants l'obligation d'être ou de devenir membre de l'OMC. En effet, depuis que l'Organe de règlement des différends a confirmé l'interdiction de représailles unilatérales envers un membre de l'organisation, la force convaincante du « spécial 301 » s'est considérablement affaiblie. Reste alors aux Etats-Unis la possibilité de contracter sous la menace avec des Etats-non membres de l'OMC, aujourd'hui de moins en moins nombreux. Cela explique en partie pourquoi ce type d'accord n'a plus été utilisé depuis 2006.

¹⁸³ Les pays concernés sont : Bulgarie, Chine (I), Corée du Sud, Equateur, Estonie, Hongrie, Inde, Jamaïque, Japon, Lituanie, Philippines, Singapour, Sri Lanka, Taïwan, Thaïlande et Trinidad-et-Tobago.

¹⁸⁴ Les pays concernés sont : Cambodge, Chine (II et III), Croatie, Lettonie et Russie.

¹⁸⁵ Les pays concernés sont : Nicaragua, Paraguay et Pérou.

¹⁸⁶ J-F. MORIN, « Les accords bilatéraux et régionaux de propriété intellectuelle dans la Francophonie », http://www.ameriques.uqam.ca/pdf/ADPIC_franco_Morin.pdf (consulté le 1er juillet 2016).

- De nombreux accords suivent un modèle-type qui se caractérise, outre la nature des obligations inhérentes au droit matériel des brevets et à la protection contre les violations des droits exclusifs, par « *les dispositions politiques implicites qui les accompagnent [...], l'implicite étant que ces traités visent à étendre les règles américaines de marché* »¹⁸⁷. En effet, bien que portant exclusivement sur la propriété intellectuelle, ces accords doivent être analysés dans le contexte général de la politique expansionniste américaine des années 1990 liés au développement des relations économiques, par laquelle les Etats-Unis ont exporté une grande partie de leur législation sans grande concession de leur part, et sous le couvert de la pression du « *special 301* ».

95. Les accords de coopération. Les plus importants accords de coopération sont les *Trade and Investment Framework Agreement* dont l'objet est de favoriser le commerce et l'investissement. Leur contenu sont en effet très étendu et englobe le droit des brevets dans sa totalité, à l'instar d'autres accords, tels que la coopération en matière militaire ou d'environnement, qui ne traitent que de droits et obligations particuliers. 37 de ces accords ont été ratifiés par les Etats-Unis, dont 35 entre 1999 et 2011.

Il est intéressant de remarquer le changement radical de la politique américaine qui s'opère en 1999, et qui délaisse les accords spécialisés au profit des accords de coopération. D'une part, comme nous l'avons énoncé, les traités spécialisés étaient ratifiés principalement avec un nombre restreint d'Etats non-membres de l'OMC. En effet, l'adhésion des Etats contractants à l'organisation étant conditionnée à la ratification de l'Accord sur les ADPIC, ces derniers, déjà couverts par des obligations multilatérales, ne nécessitaient pas une surveillance particulière. De plus, nous pouvons rappeler que la période 1995-2000 correspondait à une période transitoire dans laquelle les Etats ont dû s'adapter par eux-mêmes aux standards internationaux. D'autre part, l'année 1999 correspond, avec la conférence de Seattle, au tournant des négociations au sein de l'OMC avec le rejet des standards internationaux en matière de propriété intellectuelle des pays émergents libérés de la pression des sanctions unilatérales prévues par le « spécial 301 ». Privée de sa force coercitive, la politique expansionniste américaine s'est alors tournée vers l'association entre l'harmonisation du droit

¹⁸⁷ C. DEBLOCK, « Le bilatéralisme commercial des Etats-Unis », op. cit., p. 28.

des brevets et l'aide au développement relevant du système généralisé de préférence et de la clause d'habilitation de l'OMC.

96. Les dialogues. Nous remarquons que, à l'exception du *Mutual Understanding on Intellectual Property Rights between the Japanese Patent Office and the U.S. Patent and Trademark office* du 20 janvier 1994, aucun accord n'a été ratifié entre les Etats-Unis, l'Europe et le Japon qui privilégient l'ouverture de fora de discussion dont le but est d'établir un cadre de coopération économique permanent. Ainsi, la coopération tripartite est considérée comme l'une des plus grandes réussites en matière de dialogue sur la propriété intellectuelle, en ayant contribué à la création d'une base de donnée mondiale favorisant la recherche et l'examen de brevet, amélioré la procédure établie par le *Patent Coopération Treaty*, et favorisé la création du IP5 qui ouvre le forum de discussion aux offices chinois et coréen, nouveaux acteurs importants de la propriété intellectuelle. Ainsi, comme l'énonce Hiroyuki FUKANO, le commissaire de l'office japonais des brevets : « ces réussites ont été saluées non seulement par les trois offices, mais aussi par d'autres offices de la propriété intellectuelle dans le monde. Elles conduisent toutes à améliorer les systèmes de brevets à l'échelle internationale aujourd'hui »¹⁸⁸.

DATE	Accord de libre-échange	Accords spécialisés	Accord de coopération
Av. 1994	Israël (1985)	Corée du Sud (1986) Equateur (1993) Hongrie (1993) Inde (1993) Philippines (1993) Singapour (1987) Sri Lanka (1991) Taiwan (1992) Thaïlande (1991) Chine I (1992)	Nouvelle-Zélande (1992)
1994	Canada Mexique	Bulgarie Estonie Jamaïque Japon Lituanie	Taiwan

¹⁸⁸ http://www.epo.org/news-issues/news/2012/20121116_fr.html (consulté le 1er juillet 2016)

		Trinidad-et-Tobago	
1995		Chine II Lettonie	
1996		Cambodge Chine III	
1997		Nicaragua Pérou	
1998		Croatie	
1999			Afrique du Sud Egypte Ghana Turquie
2000			Nigéria
2001	Jordanie		Algérie
2002			Brunei Darussalam Sri Lanka Thaïlande Tunisie
2003			Arabie Saoudite Pakistan
2004	Chili Singapour	Paraguay	Afghanistan Emirats Arabes Unis Koweït Malaisie Mongolie Oman Qatar Yémen
2005	Australie		Irak Mozambique
2006	Bahreïn Colombie El Salvador Guatemala Honduras Maroc Nicaragua République Dominicaine	Russie	Cambodge Liban Maurice Rwanda
2007	Corée du Sud Panama		Géorgie Libéria Uruguay Vietnam
2008			
2009	Costa Rica Oman Pérou		Angola Maldives
2010			Inde
2011			Népal Philippines

2012	Corée du Sud II Panama II Colombie II		
TOTAL	20	25	37

TABLEAU N°4 : LISTE DES ACCORDS RATIFIÉS PAR LES ETATS-UNIS (DE 1994 à 2012)

II – La structure des négociations bilatérales

97. Plan. La structure de la négociation d'un traité bilatéral s'apparente à un jeu de poker¹⁸⁹, dépendant à la fois de la valeur des cartes réparties entre les joueur et la stratégie employée afin d'en tirer le meilleur bénéfice. Dans ce contexte, Nous la décomposons entre la puissance structurelle qui permet d'évaluer les forces en présence (A) et la puissance « behaviorale » qui représente leur mise en œuvre (B).

A – La puissance structurelle

98. Plan. Selon William ZARTMAN¹⁹⁰, la puissance structurelle d'une négociation se définit à la fois par le nombre et l'identification des parties en présence, et la distribution de leurs sources de puissance, définies par l'engagement des Etats en faveur de la propriété intellectuelle et leur dépendance commerciale envers les Etats-Unis. Autrement dit, le succès du bilatéralisme américain est subordonné au choix stratégique de l'Etat contractant selon ses rapports de puissance avec les Etats-Unis (1), et dont le rôle diplomatique dans un contexte de négociation régional ou international est favorable à l'exportation du droit américain des brevets (2).

¹⁸⁹ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets » op. cit., p. 205.

¹⁹⁰ W. ZARTMAN, « The Structure of negotiation, in International negotiation: analysis, approaches, issues », San Francisco Jossey-Bass, 2002, p. 72.

1 – Le choix de l'Etat contractant

99. Impossibilité de contracter avec tous les Etats. Si le bilatéralisme est une voie royale d'exportation du droit américain dans l'ordre interne du pays contractant, il n'est paradoxalement pas dans l'intérêt des Etats-Unis de négocier des conventions bilatérales avec tous les Etats du globe. D'une part, l'impérialisme prédateur¹⁹¹ caractérisant la politique américaine des années 1990 n'est plus envisageable à l'heure où l'OMC interdit l'usage de sanctions unilatérales comme moyen de pression envers un Etat-membre. L'obligation d'apporter une compensation à un régime de protection strict inadapté à l'Etat contractant place alors les Etats-Unis dans une position de faiblesse liée à une incapacité économique de satisfaire les coûts inhérents au système généralisé de préférence établi par l'OMC, à l'assistance technique et à l'aide au développement. D'autre part, la négociation avec certains pays industrialisés ou nouvellement industrialisés est déconseillée car elle mettrait en évidence une position de dépendance économique ou juridique défavorable à l'établissement d'une domination efficiente.

100. L'exclusion des pays opposés aux réformes. L'abandon de la politique prédatrice des Etats-Unis n'a pas décéléré la conclusion d'accords concernant la propriété intellectuelle puisque cinquante-six ont été ratifiés après la Conférence de Seattle, dont trente-cinq sont des accords de coopération. Il est en effet excessif d'affirmer que le bilatéralisme est toujours le résultat d'une initiative américaine. L'offre de compensation liée à l'adoption d'un régime strict de protection a convaincu de nombreux pays émergents, avec qui les Etats-Unis n'ont pas nécessairement accepté d'ouvrir les négociations. Le représentant du commerce américain a en effet établi une liste de treize critères de sélection, ramenés à six, qui vont au-delà du simple intérêt commercial¹⁹². Par exemple, seront privilégiés les pays partageant des relations politiques étroites et favorisant l'essor de la politique étrangère américaine¹⁹³. Plus important

¹⁹¹ J.-F. MORIN, op. cit. p. 44 : l'auteur conceptualise quatre formes de domination. L'impérialisme prédateur est celui par lequel les Etats-Unis exportent leur droit des brevets sans le consentement de l'Etat-partenaire et sans compensation.

¹⁹² United States General Accounting Office, « International Trade : intensifying free trade negotiating agenda calls for better allocation of staff and resources », GAO-04-223, janvier 2004, pp. 7-10 ; C. DEBLOCK, « Le libre-échange et les accords de commerce dans la politique commerciale des Etats-Unis », http://www.er.uqam.ca/nobel/ceim/gricpdf/Cahiercont_0403_polcom-US.pdf (consulté le 1er juillet 2016).

¹⁹³ Nous pouvons par exemple remettre en cause l'universalisme de la loi Helms-Burton de 1996 qui permet de traduire devant les tribunaux américains n'importe quelle personne de n'importe quelle nationalité, qui commercerait avec Cuba. De même pour la loi d'Amato-Kennedy qui prévoit de sanctionner ceux qui

dans notre cas, seront privilégiés les pays démontrant une volonté politique d'engager une réforme en droit des brevets¹⁹⁴. Ce critère met en avant le refus d'avancer une aide au développement aux pays opposés aux standards américains de protection et qui, même sous couvert d'une convention bilatérale, rechigneraient à modifier leur législation. Comme l'énonce Jean-Frédéric MORIN, « *dans ce contexte, il n'est pas étonnant de constater que les pays avec lesquels les Etats-Unis ont signé des traités bilatéraux ne sont pas ceux qui, au Conseil des ADPIC, s'opposent avec le plus de vigueur aux positions américaines. Ils sont plutôt restés en retrait des débats sur la brevetabilité des ressources génétiques et sur l'accès aux médicaments. La majorité d'entre eux n'ont déposé aucune communication écrite au Conseil des ADPIC sur ces deux sujets controversés* »¹⁹⁵.

101. L'exclusion des principaux partenaires économiques. Les principaux partenaires économiques des Etats-Unis sont les pays de l'OCDE, et particulièrement l'Union Européenne qui reste aujourd'hui la cible privilégiée des investissements directs américains mais également le premier investisseur aux Etats-Unis.

Bien que tous les pays-membres de l'OCDE aient un droit des brevets relativement harmonisé – d'une part les enjeux économiques de chaque pays les obligent à disposer d'une protection forte, et d'autre part ces Etats sont tous membres de l'OMC et de l'OMPI – il subsiste quelques différences institutionnelles qui, au regard de l'intensité des flux d'investissements et des transferts de technologie, peuvent avoir des conséquences importantes. Depuis l'adoption du *First to file* par les Etats-Unis, l'exemple le plus significatif aujourd'hui est la brevetabilité des logiciels et des méthodes commerciales.

effectuerait un transfert de technologie dans le secteur énergétique avec la Libye ou l'Iran. Sur ce point : <http://europainstitut.de/fileadmin/schriften/363.pdf> (consulté le 1er juillet 2016).

¹⁹⁴ Le simple fait de solliciter les Etats-Unis est une forme de volonté politique qui est cependant insuffisante pour convaincre le gouvernement américain. Ainsi, Le Bahreïn dut entamer des réformes en droit des brevets avant même toute négociation pour démontrer son engagement politique. De même, le Nicaragua ratifia un traité sur la propriété intellectuelle comme condition à la conclusion d'un traité sur l'investissement. Enfin, la République Dominicaine put convaincre le gouvernement américain de son engagement politique en s'alignant systématiquement sur les positions américaines lors des négociations au sein de l'OMC.

¹⁹⁵ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit. p. 210.

Cependant, la négociation de traités sur la propriété intellectuelle, quel qu'en soit la forme, avec l'Union Européenne et le Japon est quasiment impossible au regard des enjeux géopolitiques qui lui sont liés¹⁹⁶ :

- Alors que les Etats-Unis ne peuvent plus légitimement utiliser le « spécial 301 » contre un membre de l'OMC en dehors de l'Office de règlement des différends¹⁹⁷, nous avons vu que le gouvernement américain s'est tourné vers une politique de leadership par l'attribution d'une assistance technique et d'une aide au développement qui n'est guère utile à un Etat déjà développé. En effet, en l'absence de moyens de pression, la sollicitation d'un Etat industrialisé met en avant la dépendance juridique inhérente à un partenariat économique, défavorable aux Etats-Unis qui ont le système de protection le plus libéral. Cette dépendance devient alors un moyen de pression accordé à l'Etat contractant.
- L'aboutissement de la seconde guerre mondiale a été la source d'une polarisation de l'innovation entre les différentes puissances mondiales. Alors que l'Europe entre dans une économie régionale avec la CECA, le Japon se reconstruit sous la tutelle des Etats-Unis grâce à un programme national d'innovation à des fins de rattrapages. Autrement dit, Si les sciences fondamentales ont fait la réputation des universités américaines, le Japon s'est développé grâce à l'innovation purement industrielle. La crise des matières premières et la hausse des prix des ressources en 1970 a mis en avant la compétitivité des entreprises européennes et japonaises face aux Universités américaines, et a abouti à l'adoption du Bay-Dole Act en 1980. Les Etats-Unis sont alors passés d'une hégémonie de première génération, basée sur une politique encadrée de recherche et développement, à une hégémonie de deuxième génération, le « triple Hélix », basée sur la responsabilité économique ajoutée au pouvoir scientifique des universités, alors libres de négocier seules les licences d'exploitation. La réaction du Japon fut le vote en 1995 d'une loi-cadre imposant la réalisation de trois « *basic plan for Science and Technology* », dont le dernier fut lancé en 2006. Il est aujourd'hui trop tôt pour évaluer l'impact de cette législation sur le leadership japonais. Les

¹⁹⁶ Sur ce point, cf. R. FEINBERG, « The political economy of United States' free trade arrangement », *The World Economy*, 2003, vol. 26, pp. 1019-1040.

¹⁹⁷ Rappelons également que les sanctions habituellement utilisés telles que le blocage des importations n'est guère envisageable pour des Etats qui représentent en moyenne près de 19,5% (Canada), 19% (Union Européenne) et 5% (Japon) des exportations américaines et 14,5% (Canada), 17% (Union Européenne) et 6,3% (Japon) des importations.

disparités institutionnelles naissant de ces diverses législations placent les pôles d'innovation dans une logique d'opposition qui ne peut aisément être remise en cause par l'établissement d'un cadre théorique bilatéral. Le déplacement des discussions dans le forum de l'OCDE a donc eu des effets limités par le contexte politique marqué du stato-centrisme et de la rivalité économique.

- Les Etats-Unis ne sont pas les seuls à exporter leur modèle de droit des brevets aux pays émergents et le rayonnement juridique met en concurrence les principaux pays industrialisés et autres entités prônant le libre-échange¹⁹⁸. L'harmonisation du droit des brevets peut alors remettre en cause la succession d'accords bilatéraux ratifiés précédemment, et fragiliser la politique d'exportation du droit de l'un ou l'autre des pays industrialisés.
- Enfin, au regard de leur démographie, de leurs ressources, de leur situation géographique, de leur climat et de leurs types d'investissement, les enjeux géostratégiques inhérents à la recherche et au développement sont relativement les mêmes pour tous les pays industrialisés. La question est alors d'éviter toute remise en cause du système de protection des inventions au niveau interne par la mise en concurrence de différents droits répondant à un même objectif de protection. La gravité d'une telle remise en cause est alors proportionnelle au pouvoir des lobbies industriels, particulièrement actif aux Etats-Unis.

Les Etats-Unis ne sont cependant pas restés inactifs devant la concurrence européenne et japonaise. Leur participation aux dialogues tripartites puis à l'IP5 ont favorisé une harmonisation informelle de coopération entre les offices concernant la recherche et le dépôt des brevets. De même, ils ont utilisé le mécanisme de règlement des différends de l'OMC, dont la grande majorité des demandes de consultation concerne un pays développé, afin de corriger les pratiques commerciales en la matière.

¹⁹⁸ Ainsi, l'AELE a elle-seule ratifié vingt-quatre accords de libre-échange avec des Etats-tiers (Albanie, Canada, Chili, Colombie, Conseil de coopération du Golfe, Corée du Sud, Croatie, Egypte, Hong Kong, Israël, Jordanie, Liban, Macédoine, Maroc, Mexique, Monténégro, Palestine, Serbie, Singapour, Tunisie, Turquie, Ukraine et Union douanière d'Afrique australe). Douze nouveaux accords sont en cours de négociation (Algérie, Biélorussie, Bosnie-Herzégovine, Costa-Rica, Guatemala, Honduras, Inde, Indonésie, Kazakhstan, Panama, Russie et Thaïlande).

102. L'exclusion des principaux foyers de contrefaçon. Tout comme les principaux partenaires économiques, la catégorie des foyers internationaux de contrefaçon affecte grandement l'économie des Etats-Unis, soit par contrebande de produits contrefaisants, soit par l'octroi de licences obligatoires considérées comme abusive par le représentant du commerce. Cette catégorie englobe alors des Etats présents dans les négociations multilatérales mais absents des négociations bilatérales, dont les législations en vigueur sont conformes aux standards internationaux mais dont les pratiques en matière de protection des inventions sont insuffisantes. Ainsi, l'étude du *2011 special 301 report*¹⁹⁹ et du *2012 special 301 report*²⁰⁰ nous apprend que les Etats-Unis considèrent comme principale plaque tournante de la contrefaçon la Chine, la Russie, l'Algérie, l'Argentine et l'Indonésie²⁰¹.

L'exclusion de ces pays dans les négociations bilatérales s'explique par le fait que la signature d'un traité ne permet pas d'améliorer l'application de lois déjà existantes. Comme l'énonce Jean-Frédéric MORIN, « *c'est sans doute la leçon qu'ils ont tirée de leur expérience avec la Chine. Même si ces deux pays ont signé en 1992 un traité bilatéral sur la propriété intellectuelle qui fixe des normes élevées, le gouvernement américain considère toujours que le droit chinois des brevets est peu respecté par la population et insuffisamment appliqué par les autorités judiciaires et policières* »²⁰². Le même schéma est d'ailleurs reproduit avec la Russie depuis la signature en 2006 de l'*Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Russian Federation on protection and enforcement of Intellectual Property Rights*. La mesure unilatérale pour les Etats non-membres de l'OMC et le recours au mécanisme de règlement des différends pour les Etats-membres devient alors la seule voie exploitable pour sanctionner le non-respect des standards acceptés par ces pays. Ainsi, l'Ukraine, perçue comme l'un des principaux ports de transit de contrefaçons exportées en Europe dut subir des sanctions d'une valeur de 225 millions de dollars²⁰³. De même, l'Argentine, perçue comme l'Etat abusant le plus de la licence

¹⁹⁹ http://www.ustr.gov/webfm_send/2849 (consulté le 1er juillet 2016).

²⁰⁰ <http://www.ustr.gov/sites/default/files/2012%20Special%20301%20Report.pdf> (consulté le 1er juillet 2016).

²⁰¹ Sont mentionnés dans la priority watch list de 2012 : Algérie, Argentine, Canada, Chili, Chine, Inde, Indonésie, Israël, Pakistan, Russie, Thaïlande, Ukraine, Venezuela. Sont mentionnés dans la watch list : Biélorussie, Bolivie, Brésil, Brunei Darussalam, Colombie, Costa Rica, Egypte, Equateur, Finlande, Grèce, Guatemala, Italie, Jamaïque, Koweït, Liban, Mexique, Norvège, Pérou, Philippines, République Dominicaine, Roumanie, Tadjikistan, Turquie, Turkménistan, Ouzbékistan, et Vietnam.

²⁰² J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit. p. 244.

²⁰³ http://www.ustr.gov/archive/assets/Document_Library/Reports_Publications/2005/2005_Special_301/asset_upload_file195_7636.pdf (consulté le 1er juillet 2016).

obligatoire²⁰⁴, fut également condamnée à une sanction d'une valeur de 260 millions de dollars.

103. L'exclusion des pays dont dépend l'économie américaine. En 1997, les Etats-Unis ont tenté d'imposer des sanctions commerciales à la Chine, considérant comme insuffisante la protection des droits de propriété intellectuelle sur son territoire. La réponse de la Chine fut immédiate : le premier ministre chinois décida d'offrir un contrat de 1,5 milliard de dollars à Airbus plutôt qu'à Boeing, les parts de marché du premier bondissant alors de 15% par rapport à son concurrent²⁰⁵.

Cette anecdote illustre bien la difficulté des Etats-Unis de négocier un traité sur le droit des brevets avec un pays dont le rapport de dépendance commerciale joue en sa faveur. Ainsi, l'Union Européenne, le Canada, le Mexique et la Chine sont les principaux pays importateurs qui, en raison de la dépendance de l'économie américaine à leur égard, ne peuvent faire l'objet de sanctions unilatérales.

Par contre, l'absence d'enjeux significatifs dans les négociations avec de faibles partenaires commerciaux offre aux Etats-Unis une indépendance commerciale non négligeable. En effet, les pays représentant moins de 0,005% du PIB américain dans leurs relations commerciales ne représentent pas une perte significative en cas d'échec des négociations. Ainsi, comme l'énonce Jean-Frédéric MORIN, « *si [un pays²⁰⁶] menace de bloquer les négociations, les Etats-Unis se tourneront tout simplement vers un autre Etat qui manifeste plus d'intérêt* »²⁰⁷.

2 – La théorie du « levier et dominos »

104. L'effet de contagion. La théorie du « levier et dominos » est l'étude de l'effet de contagion comme conséquence du choix stratégique d'un partenaire commercial pour la

²⁰⁴ D. SHANKER, « Argentina-US mutually Agreed Solution, Economic Crisis in Argentina and the Failure of the WTO Dispute Settlement System », *The Journal of Law and Technology*, 2004, vol. 44, p. 570 : « *the worst expropriator of the intellectual property of the research based pharmaceutical industry in the entire hemisphere* ».

²⁰⁵ P. YU, « From pirates to partner : protecting Intellectual Property in China in the twenty-first Century », *The American University Law review*, 2000, vol. 50, pp. 131-197.

²⁰⁶ L'auteur mentionne la Jordanie.

²⁰⁷ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », *op. cit.*, p. 252.

négociation d'un traité bilatéral. Christian DEBLOCK explique cet effet dans son étude sur le bilatéralisme commercial des Etats-Unis : « *la démarche américaine n'est pas sans risque, en particulier si, comme c'est devenu le cas, il y a contagion. Lorsqu'il était en charge du commerce, Robert B. ZOELLICK aimait parler de 'libéralisation compétitive' ; les critiques y verront plutôt un jeu de moyeu et rayons (hubb and spokes), une formule imagée pour désigner la création d'un réseau d'accords polarisé sur les Etats-Unis* »²⁰⁸. Ainsi, au lieu de promouvoir la libéralisation des échanges dans tous les pays concernés, il est plus avantageux pour le gouvernement américain de conclure un accord commercial préférentiel avec un Etat particulier afin d'inciter les autres Etats à rechercher ce même type d'accord à leur avantage.

105. Le domino. La première variante de cette contagion s'illustre par la doctrine de Richard BALDWIN²⁰⁹ qui identifie l'incitation inhérente à intégrer un bloc de négociation, au regard de la balance entre les bénéfices accordés par le traité et le coût politique et économique de l'exclusion. Comme le rappelle Jean-François MORIN, « *une fois que deux pays commencent à valser, l'intérêt des autres est de se joindre au bal* »²¹⁰. Le bon fonctionnement de ce jeu impose alors une conception à la fois positive et négative des relations bilatérales.

D'une part, les Etats prêts à négocier avec les Etats-Unis réagissent au succès économique de leurs concurrents qui ont acquis une compensation avantageuse en contrepartie de l'adoption d'un système de protection strict du brevet. Les premières négociations sont considérées comme un laboratoire de recherche des meilleurs incitatifs dont le podium revient au libre-échange, à la promesse d'investissement et enfin l'aide au développement. Ainsi, selon la Pharmaceutical Research and Manufacturers of America, l'ALENA est un modèle parfait pour tous les pays en développement : « *la santé des patients à travers le Mexique s'est considérablement améliorée depuis l'adhésion à l'ALENA alors que les pays sans régimes de propriété intellectuelle, comme l'Inde, ont un accès très faible aux nouveaux médicaments* »²¹¹.

²⁰⁸ C. DEBLOCK, « Le bilatéralisme commercial des Etats-Unis », op. cit. p. 24.

²⁰⁹ R.-E. BALDWIN, « The causes of regionalism, World Economy », 1997, vol. 20, pp. 865-887.

²¹⁰ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit., p. 208.

²¹¹ http://www.phrma.org/news_room/press_releases/developing_countries_gain_access_to_more_medicines_under_CAFTA-DR/ (consulté le 1er juillet 2016) (traduction).

D'autre part, ces Etats sont motivés par la peur du coût politique et économique lié à l'exclusion du régime préférentiel. Ainsi, nous pouvons affirmer « *qu'en 1994, Trinidad-et-Tobago fut incité à signer un traité bilatéral de propriété intellectuelle avec les Etats-Unis pour ne pas demeurer dans l'ombre de la Jamaïque qui en a conclu un quelques mois plus tôt. Plus récemment, en 2002, la République Dominicaine proposa aux Etats-Unis de négocier un traité de libre-échange par crainte de subir les contrecoups du traité déjà en négociation avec les pays d'Amérique centrale* »²¹².

106. Le Levier. Seconde variante de l'effet de contagion, la doctrine du levier de Christian DEBLOCK est celle par laquelle les traités bilatéraux, « *en s'entrecroisant et en s'emboîtant les uns dans les autres, peuvent exercer un effet de levier sur les négociations à d'autres niveaux et [développer] une pression du bas vers le haut* »²¹³. Les Etats contractants deviennent alors des catalyseurs pour des initiatives bilatérales, régionales et multilatérales.

Dans le contexte bilatéral, la politique américaine d'exportation du droit des brevets est optimisée par la transmission des normes à des pays-tiers via une chaîne de traités bilatéraux. Les Etats ayant contracté avec les Etats-Unis adoptent en effet un certain nombre de règles américaines qui seront exportées vers des pays tiers par effet de voisinage ou de domination régionale. Ainsi, le Mexique a pu être le porte-parole du droit des brevets américains en Amérique centrale avant la conclusion d'Accord de libre-échange entre ces pays et les Etats-Unis. De même, les relations diplomatiques entre le Mexique et la Bolivie permirent la création d'une zone de libre-échange similaire à celle existante entre le Mexique et les Etats-Unis (ALENA), prévoyant par exemple l'adhésion des parties à la Convention UPOV.

De même, les dispositions de l'accord de libre-échange conclu entre le Pérou et les Etats-Unis sur l'interprétation de la Déclaration de Doha ont pu servir de modèle pour les accords de libre-échange conclus entre le Pérou, le Canada et la Chine.

Dans le contexte régional, le traité bilatéral ouvre la voie à une harmonisation régionale favorable aux Etats-Unis, l'alliance économique entre Etats-membres d'une même organisation servant de tremplin aux normes exportées vers l'un d'entre eux. En effet, il est

²¹² Idem.

²¹³ C. DEBLOCK, « Le libre-échange et les accords de commerce dans la politique commerciale des Etats-Unis », Cahiers de recherche CEIM, p. 22.

légitime de penser qu'un pays ayant adopté un régime de protection conforme aux exigences des Etats-Unis en fasse la promotion au cours de négociations au niveau régional²¹⁴. L'exemple significatif de ce scénario est la négociation d'une zone de libre-échange englobant les trente-quatre pays du continent américain²¹⁵ – la présidence du groupe de négociation sur les droits de propriété intellectuelle revenant à la République dominicaine, signataire d'un traité de libre-échange avec les Etats-Unis en 2006. Depuis le sommet de Miami de 1994, les Etats-Unis ont ratifié des accords sur la propriété intellectuelle avec quatorze des trente-quatre pays d'Amérique et ont réussi à atteindre les quatre unions douanières présentes sur le continent, soit la Communauté Andine, le Mercosur²¹⁶, le Marché commun de l'Amérique centrale et le CARICOM. Le Brésil et l'Argentine, principaux opposants à l'introduction d'un chapitre sur la propriété intellectuelle dans leurs négociations avec les Etats-Unis se retrouvent ainsi de plus en plus isolés²¹⁷.

La carte ci-dessous nous montre la coïncidence entre les pays ayant ratifié un accord sur le droit des brevets (tels que nous les avons définis précédemment²¹⁸) et les pays membres d'une des principales organisations régionales régissant des conventions sur la propriété intellectuelle. Il est alors intéressant de noter que les pays hors d'atteinte de la domination américaine se regroupent selon les catégories suivantes :

- Les pays opposés à la politique étrangère américaine (Cuba, Libye, Syrie, Iran...)
- Les pays fermement opposés à l'exportation du droit américain des brevets (Argentine, Brésil...)
- Les pays dépourvus d'intérêts stratégiques inhérents à la propriété intellectuelle (Groenland, pays insulaires du Pacifique...)
- Les pays membres de l'OAPI

Mais c'est dans le contexte international que la théorie du levier est la plus critiquée. Le représentant américain du commerce reconnaît lui-même l'intérêt de négocier des traités

²¹⁴ Notamment afin que les pays concurrents membres de la même organisation ne bénéficient pas d'une protection plus souple des droits de propriété intellectuelle.

²¹⁵ United States General Accounting Office, « International Trade : Intensifying free trade negotiating agenda calls for better allocation of staff and resources », GAO-04-223, 2004, p. 8.

²¹⁶ La chaîne entre les Etats-Unis et le Mercosur a cependant été rompue avec la décision du 29 juin 2012 du sommet de Mendoza de suspendre le Paraguay suite à la destitution du Président LUGO.

²¹⁷ Sur ce point : J.-F. MORIN, « Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle », Droit et Société, 2004, vol. 58, pp. 633-655.

²¹⁸ Cf. tableau n°5.

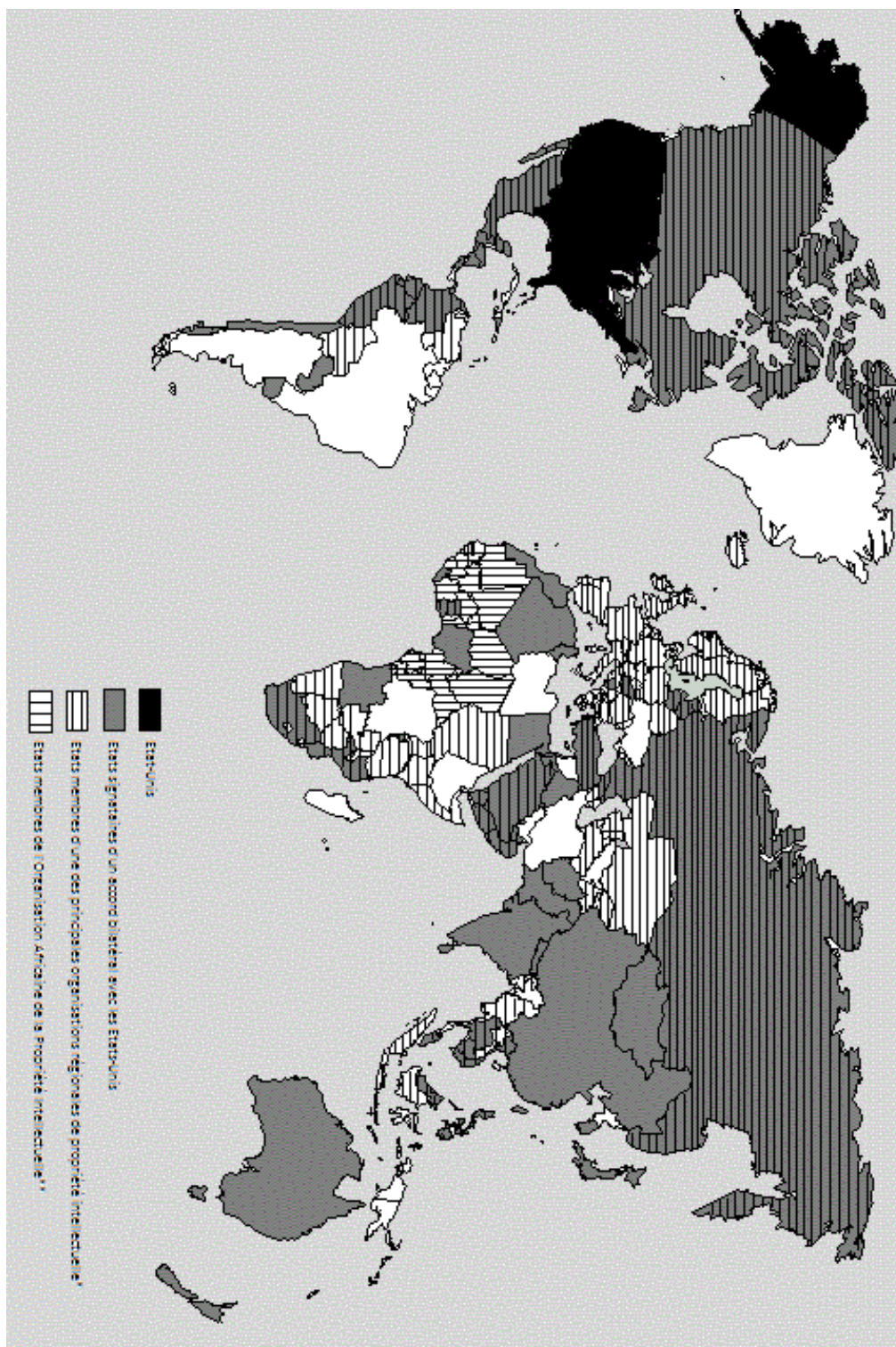
bilatéraux avec les pays émergents afin d'affaiblir leur coalition dans les négociations au sein des organisations internationales²¹⁹. Jagdish BHAGWATI et Arvind PANAGARIYA y voient un jeu de dés truqués, les Etats-Unis n'ayant d'autre objectif que de « *prendre le contrôle de l'OMC et de remodeler l'organisme en fonction des intérêts des lobbies américains* »²²⁰.

Dans cette optique, la carte ci-dessous nous montre le nombre d'Etats-membres de l'OMC susceptibles de soutenir les propositions américaines, les ayant adoptées après la conclusion d'un traité bilatéral²²¹.

²¹⁹ United States General Accounting Office, op. cit. p. 9.

²²⁰ J. BHADWATI et A. PANAGARIYA, « Bilateral trade treaties are a shame », Financial Time, 13 juillet 2003, p.57. Voir également : A. PANAGARIYA, « International Trade », Foreign Policy, décembre 2003, pp. 20-28.

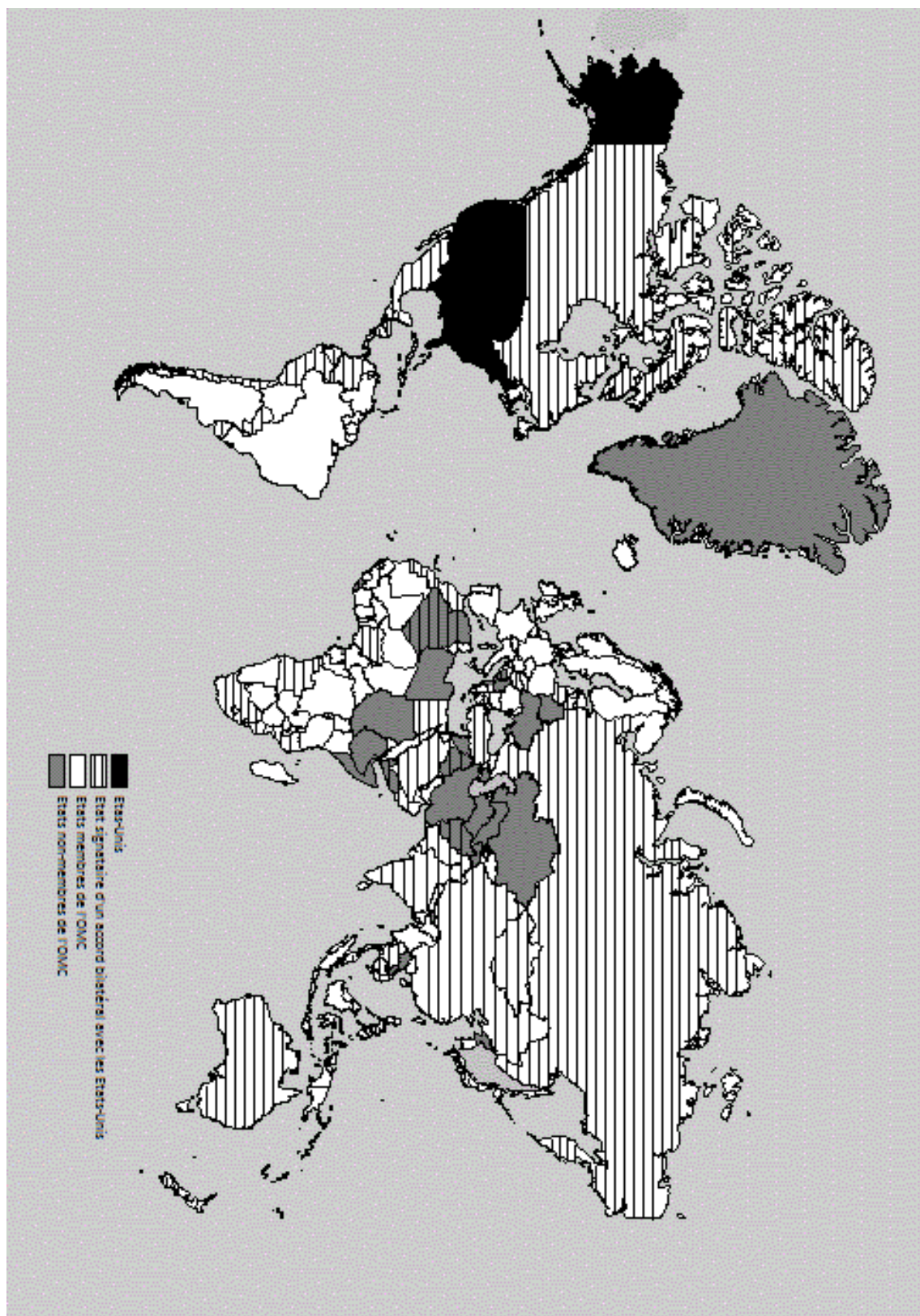
²²¹ A ces pays s'ajouteront certains pays insulaires du Pacifique (Nauru...) dont l'économie entière est basée sur la vente de leur droit de vote au sein des organisations internationales.



CARTE N°1 : LA THEORIE DU LEVIER AU NIVEAU REGIONAL

* Les organisations régionales prises en compte sont : L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), la Communauté andine des nations (CAN), l'Office européen des brevets/Union Européenne (OEB/UE), le Conseil de coopération des pays du golfe (CCG), l'Union douanière d'Afrique australe, l'Association des nations du sud-est asiatique (ASEAN), L'Organisation régionale africaine pour la propriété industrielle (ARIPO), et l'Organisation eurasiennne des brevets.

** L'OAPI est la seule organisation qui n'ait pas de lien même indirect avec les Etats-Unis.



CARTE N°2 : LA THEORIE DU LEVIER AU NIVEAU INTERNATIONAL

B – La puissance « behaviorale »

107. Plan. Selon John IKENBERRY et Charles KUPCHAN²²², la puissance « behaviorale » représente les moyens d'exercice du pouvoir hégémonique inhérents à la structure des négociations, et se développe autour de deux axes que sont la coercition et la socialisation. Cette théorie est cependant à tempérer puisque la coercition, que Jean-Frédéric MORIN nomme la pratique « *de la carotte et du bâton* »²²³ se confronte aux objectifs de l'Organisation Mondiale du Commerce en matière de limitation des sanctions unilatérales et de libre accès aux marchés intérieurs. Ainsi, même si la loi américaine a longtemps été commentée à propos des sanctions (1) et compensations (2) utilisées à des fins de négociation, la voie de l'assistance technique (3) reste la dernière possibilité pour les Etats-Unis d'exporter leur droit des brevets.

1 – La sanction de l'Etat déviant

108. *Special 301*. Dans sa politique d'association cognitive entre le droit des brevets et le commerce international, les Etats-Unis adoptèrent en 1984 le *Trade and Tariff Act* qui conditionna ses relations commerciales avec un pays au niveau de protection des droits de propriété intellectuelle que ce dernier offrait. Cette loi a alors amendé l'article 301 du *Trade Act* de 1974 afin d'inclure la faible protection de la propriété intellectuelle comme motif de sanctions commerciales unilatérales²²⁴. Dès 1985, le représentant américain du commerce menace la Corée du Sud et le Brésil de restrictions douanières et de tarifs afin de les convaincre de rehausser leur niveau de protection selon les standards américains²²⁵.

109. L'encadrement du *Special 301*. L'adhésion dès 1994 des Etats-Unis à l'OMC a cependant limité la portée du *Special 301*, l'article 23 du Mémoire d'accord sur les règlements des différends disposant que « *les membres ne détermineront pas qu'il y a eu*

²²² J.-G. IKENBERRY et C. KUPCHAN, « Socialization and Hegemonic Power », op. cit., p. 285.

²²³ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit., p. 257.

²²⁴ 19 USC 2411

²²⁵ P. DRAHOS, « Information feudalism in the information society », op. cit., p. 209.

violation et que des avantages ont été annulé [...] si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord ».

Le *Special 301* fut donc immédiatement contesté par la Communauté européenne devant l'Organe de Règlement des Différends. S'il conclut au maintien de la disposition, le groupe spécial souligna sa sujétion aux décisions de l'organe, seul compétent pour déclarer la violation d'un droit de propriété intellectuelle. En d'autres termes, si les Etats-Unis peuvent toujours exprimer des menaces de sanctions envers un pays contrevenant aux standards internationaux de protection, ces dernières ne peuvent être effectives que sous la condition de leur acceptation par l'Organe de Règlements des Différends.

La marge de manœuvre des Etats-Unis se retrouve alors très limitée et se décompose selon les considérations suivantes :

- Le Mémorandum d'accord ne s'applique qu'entre Etats-membres de l'OMC et ne prévoit pas l'impossibilité pour les Etats-Unis d'imposer des sanctions unilatérales aux Etats qui ne sont toujours pas membres de cette organisation. Ainsi, nombre de pays furent contraints de négocier un traité bilatéral sous la menace du *Special 301*, ne pouvant bénéficier des mesures de protection établies par l'OMC avant leur adhésion. Ce fut le cas de la Jordanie, qui suite au rapport du représentant américain du commerce de 1999, dut rehausser le niveau de protection des inventions au-delà même des standards internationaux. En 2001, le gouvernement jordanien ratifia un accord de libre-échange avec les Etats-Unis et depuis n'a plus été mis en exergue dans la liste prioritaire de surveillance. Ce fut également le cas du Vietnam, le rapport du représentant du commerce étant tout à fait explicite à son sujet²²⁶.
- Si le Mémorandum d'accord protège les Etats-membres de l'OMC de toute sanction unilatérale, la médiatisation et la notoriété des rapports du représentant américain du commerce ont fait de la liste de surveillance un critère important dans la répartition des investissements, les Etats accordant une trop faible protection étant par nature un mauvais choix pour l'investisseur étranger. Ainsi, à partir du moment où un pays figurant sur la liste de surveillance voit sa réputation affecté et les investissements sur son territoire réduit, la menace de sanction unilatérale peut tout simplement être remplacée par la menace d'être maintenu sur cette liste indéfiniment. La mauvaise

²²⁶ 1999 *Special 301 Report*, non catalogué.

publicité devient ainsi un moyen de pression qui échappe au pouvoir de l'Organe de Règlement des Différends. Ce fut le cas pour le Nicaragua lorsque le représentant du commerce en fit mention pour la première fois en 1997 : « *l'actuelle loi sur les brevets, qui date de 1899, ne respecte pas les normes internationales relatives à la durée de la protection et au domaine de la brevetabilité... Les Etats-Unis demandent au Nicaragua de conclure les négociations sur ce point le plus tôt possible* »²²⁷. Le Nicaragua signa un accord sur la propriété intellectuelle en 1997, bien que son adhésion en 1995 le protégeait de toute sanction unilatérale.

- Aux dispositions qui visent essentiellement le droit des brevets s'ajoutent les mesures à finalité politique qui n'ont pas pour objet de convaincre un Etat de négocier une convention bilatérale avec les Etats-Unis mais de l'empêcher de conclure ce type de convention avec Cuba, l'Iran et la Libye. Ainsi en est-il des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy de 1996 qui prévoient l'embargo sur ces trois pays. La première dispose l'interdiction pour toute personne ressortissante ou non des Etats-Unis d'établir une quelconque relation commerciale avec Cuba (incluant toute relation contractuelle grevant un droit de propriété intellectuelle). La seconde dispose l'interdiction pour ces mêmes personnes, d'effectuer un transfert de technologie par le biais d'une licence de brevet dans les domaines de l'énergie en Iran et en Libye. Ces sanctions, qui concernent indirectement les ressortissants d'Etats-membres de l'OMC – nous pouvons aisément affirmer que les Etats-Unis souhaitent surtout empêcher que ces Etats acquièrent les technologies par le biais des Etats européens – reviennent donc à annuler les avantages accordés au sein de l'OMC, ce qui peut faire l'objet d'une plainte devant l'Organe de Règlement des Différends. Il est cependant difficile d'appréhender la conformité de ce type de loi à l'Accord sur les ADPIC, la finalité géopolitique inhérente à la volonté américaine d'exclure certains pays du commerce international ne pouvant souffrir de l'exposition médiatique accordée aux fora internationaux de discussion. Ainsi, si l'Union Européenne a engagé une procédure à l'encontre de ces deux lois extraterritoriales, elle a préféré retirer sa plainte contre l'engagement du Président CLINTON de ne pas lui imposer les sanctions prévues²²⁸.

²²⁷ 1997 Special 301 Report, non catalogué.

²²⁸ J.-M. SIROEN, « L'unilatéralisme des Etats-Unis », <http://www.afri-ct.org/IMG/pdf/siroen2000-2.pdf> (visité le 17 décembre 2012) (traduction).

2 – La compensation du contexte asymétrique

110. le « contrat asymétrique ». Selon Richard STEINBERG, « powerful states may contract asymmetrically, [by offering side-payment] to a bargaining party that loses from a particular measure in order to gain that party's support for it »²²⁹. En effet, l'octroi d'une compensation tend à rendre l'économie du traité plus avantageux pour l'Etat contractant qui accepte, en connaissance de cause, d'adopter un régime de protection non-adapté à ses besoins. Aux Etats-Unis, le Trade and Tarif Act de 1984 a une fois de plus modifié le Trade Act de 1974 afin d'inclure le niveau de protection de la propriété intellectuelle d'un Etat partenaire comme condition pour bénéficier du programme américain de préférences commerciales (US Generalized System of Preferences), en introduisant la disposition suivante : « *en déterminant s'il convient de désigner un pays en tant que bénéficiaire en vertu de ce sous-chapitre, le président prend en compte [...] dans quelle mesure ce pays fournit une protection adéquate et efficace des droits de propriété intellectuelle* »²³⁰. Ainsi, le Mexique, la Thaïlande et l'Inde ont pu être retirés temporairement de ce programme en raison de leur faible niveau de protection des inventions²³¹.

111. L'accès au marché américain. Tout comme le *special 301*, la portée de l'*US Generalized System of Preferences* a été sérieusement limitée par l'article premier de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947, annexé à l'Acte final instituant l'OMC, qui dispose que « *tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays seront immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire originaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes* ». Une distinction doit alors être faite entre les Etats-membres de l'OMC et les autres :

- Certains Etats réticents à s'engager dans des négociations commerciales multilatérales ont négocié avec enthousiasme un traité avec les Etats pouvant leur procurer des avantages commerciaux identiques à ceux proposés par l'OMC. Ainsi, les traités conclus avec la Lituanie, l'Estonie, le Cambodge, le Laos et le Vietnam ont intégré

²²⁹ R.-H. STEINBERG, « In the Shadow of Law or Power? Consensus-Based Bargaining in the GATT/WTO », International Organization, 2002, vol. 56, p. 348.

²³⁰ 19 USC 2462(c). (traduction)

²³¹ P. DRAHOS, « Information feudalism in the information society », op. cit. p. 88.

dans leurs dispositions la clause de la nation la plus favorisée, contraignant les Etats-Unis à ne pas adopter une politique discriminatoire avec des Etats non-membres de l'OMC²³².

- L'article 24 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce prévoit que les zones de libre-échange constituent une exception à la clause de la nation la plus favorisée présente dans les accords de l'OMC et reste l'avantage commercial le plus convaincant dans le cadre des négociations. Les traités de libre-échange conclus avec l'Australie, le Bahreïn, le Chili, la Corée du Sud, la Jordanie, Singapour et les pays du continent américain prévoient l'anéantissement graduel de toutes les barrières douanières, qui dans le contexte d'une concurrence accrue pour accéder au marché américain, est un avantage non négligeable par rapport aux autres pays du monde.

112. L'attraction des investissements américains. Dans un contexte où la demande de capitaux excède l'offre, il est évident que tous les Etats entrent en compétition pour attirer les investissements, et que les Etats-Unis, premier exportateur de capitaux au monde soit un partenaire particulièrement convoité pour la signature d'un traité bilatéral sur l'investissement.

Forte de cette position dominante, les Etats-Unis ont assujéti la conclusion de ce type de traité au niveau de protection de la propriété intellectuelle par les Etats contractants. C'est notamment l'objectif visé par le programme des Etats-Unis sur la protection des investissements (*US bilateral investment treaty program*)²³³

Selon ce programme, les négociations furent interrompues avec la Colombie, la Corée et le Pakistan à cause de leur faible niveau de protection. Inversement, la Bolivie pu ratifier un tel traité après s'être engagée à ne pas bénéficier des périodes transitoires prévues dans l'Accord sur les ADPIC²³⁴. Enfin, les traités sur l'investissement et sur la propriété intellectuelle

²³² Sur le Vietnam, cf. D. FRYE, « Vietnam's contemporary battle with the United States : vying for most favored nation trading status », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1996, vol. 29, pp. 777-815.

²³³ <http://www.state.gov/www/issue/economic/7treaty.html> (consulté le 1er juillet 2016).

²³⁴ M. CHEEK, « The limits of informal regulatory cooperation in international affairs : a review of the global intellectual property regime, *George Washington International Law Review* », 2001, vol. 33, p. 279.

conclus avec Trinidad-et-Tobago le même jour furent qualifiés de complémentaires par le Président CLINTON²³⁵.

3 – L’assistance technique

113. *Intellectual Property Enforcement Coordinator.* Les Etats-Unis ont développé leurs propres programmes d’assistance en conformité avec l’Accord sur les ADPIC, mobilisant de nombreuses organisations gouvernementales comme l’Office américain des brevets (USPTO), le représentant du commerce (USTR), le bureau fédéral d’enquête (FBI), l’Agence pour le développement américain (USAID) ainsi que divers départements du gouvernement américain, dont la justice, la santé, la sécurité intérieure, la défense et l’agriculture, qui ont regroupé leur effort au travers du *Intellectual Property Rights Training Coordination Group*²³⁶, puis sous la direction de l’*Intellectual Property Enforcement Coordinator*²³⁷ institué par le *Prioritizing Resources and Organisation for Intellectual Property Act* de 2008.

Si de nombreux projets d’assistance ont été réalisés depuis 2000 – la Jordanie ayant par exemple bénéficié de plus de 30 programmes dont l’assistance dans la rédaction de projets de loi sur les brevets et diverses formations destinées aux magistrats et fonctionnaires – nous nous contenterons de mettre en avant dans notre étude l’année 2011 durant laquelle furent conduits plus de 100 programmes dans 36 pays partenaires des Etats-Unis, notamment²³⁸ :

- L’organisation d’un Symposium à Manille (Philippines) sur la sanction pénale du non-respect des droits de propriété intellectuelle, destiné aux policiers et agents de douanes. Dans les deux mois qui ont suivi la formation, le nombre de saisie de marchandises contrefaisantes a significativement augmenté et a atteint une valeur de plus de dix-huit millions de dollars.
- La rencontre des représentants du Ghana, du Kenya, du Liberia et du Nigeria avec ceux des principales firmes américaines aboutissant à l’élaboration d’un plan d’action facilitant l’application des lois sur les brevets

²³⁵ http://www.state.gov/www/issues/economic/bit_trinidad.pdf (consulté le 1er juillet 2016).

²³⁶ Sur le IPR Training Coordination Group : <http://www.training.ipr.gov/index.cfm?fuseaction=content.about> (consulté le 1er juillet 2016).

²³⁷ Sur l’IPEC Office : <http://www.whitehouse.gov/omb/intellectualproperty/ipec/> (consulté le 1er juillet 2016).

²³⁸ « 2011 U.S. Intellectual Property Enforcement Coordinator Annual Report On Intellectual Property Enforcement » : http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/IPEC/ipec_annual-report-mar2012.pdf (consulté le 1er juillet 2016).

- L'organisation à Kiev (Ukraine) d'un atelier présentant une recommandation législative sur la pénalisation de la distribution de médicaments contrefaisants. Cette recommandation fut adoptée en octobre 2011.
- La coopération entre le département de la Justice des Etats-Unis, l'Organisation mondiale des douanes et les agences mexicaines compétentes en matière de propriété intellectuelle aboutissant à la formation des fonctionnaires mexicains sur l'identification des marchandises contrefaisantes.

Chapitre deux

La création du droit des brevets au sein des organisations internationales : l'exemple de l'OMC

114. Le développement des organisations internationales. Les principaux facteurs impérialistes d'harmonisation du droit ayant été anéantis par les mouvements de décolonisation et la chute de l'URSS, un nouveau mode de domination a pris son essor en parallèle : la domination internationale via les organisations régionales ou internationales importatrices de droit.

115. Dynamique des organisations internationales. En effet, depuis la fin de la Seconde guerre mondiale, les organisations internationales ont connu un développement spectaculaire autant par leur nombre – nous pouvons nous étonner du nombre d'entités de contre-régime s'opposant à l'OMC en matière de propriété intellectuelle – que par leur forme. Mais au-delà de ce développement se cache un impact qualitatif que nous ne pouvons qu'atténuer. Devons-nous considérer que ces entités juridiques effectuent un saut vers la société internationale ? Selon Jean COMBACAU et Serge SUR : « *Oui, si on les considère comme une technique de coopération institutionnalisée entre Etats. Non, si on veut les mettre en concurrence avec eux, voire en situation de se substituer à eux* »²³⁹. En effet, alors que les Etats sont le fruit d'un fait juridique et reposent sur une réalité sociale, les organisations internationales naissent d'un acte juridique subordonné à la volonté souveraine des Etats. Elles constituent alors plus un instrument de la coopération administrative et normative entre Etats qu'une technique de substitution.

Cependant, leur dynamique nous dévoile systématiquement une volonté commune d'homogénéisation de la société internationale à travers l'harmonisation – voire l'unification – du droit. Il faut toutefois distinguer deux variantes :

- La première dynamique est dite statique : les Etats s'accordent sur les compétences et les moyens fonctionnels accordés à l'organisation internationale afin de favoriser

²³⁹ J. COMBACAU et S. SUR, « Droit international public », op. cit., p. 706.

l'exercice en commun de certaines activités. L'accord instituant l'organisation crée donc un statut juridique initial à respecter, et cette dernière n'a pas vocation à aller au-delà. L'exemple-type de ces organisations est la « famille » des Nations-Unis, et plus particulièrement dans notre domaine l'OMPI.

- La seconde²⁴⁰ variante est dite évolutive : les Etats sont conduits à intégrer un moule de protection en permanente évolution. L'accord d'origine ne prévoit donc pas un statut juridique figé mais un seuil minimal de protection qui aura tendance à augmenter au fur et à mesure de l'évolution des politiques nationales vers les objectifs poursuivis²⁴¹. Ce système a été prisé par les institutions de Bretton Woods et l'OMC, notamment lors de la rédaction de l'Accord sur les ADPIC.

116. L'organisation mondiale du commerce. Afin de respecter la logique de notre étude, nous examinons l'exemple de l'OMC qui, à notre avis, est le plus révélateur de l'évolution du processus de création du droit international au sein d'organisations institutionnalisées puisque, contrairement aux organisations des Nations-Unis, le droit n'y est pas négocié « à la carte » : relevons l'obligation de ratification de l'Accord sur les ADPIC lors de l'adhésion, l'impossibilité technique d'émettre des réserves, le principe du « tout ou rien » dans les négociations multilatérales, et surtout le mécanisme de sanction en cas de non-respect des obligations internationales... En son sein, la création d'un droit international des brevets est toujours subordonnée aux mêmes lois de marché qui permettent aux Etats dominants d'exporter leur droit (section 1). Ce dernier donne alors naissance à un droit international que doit faire l'objet d'une transposition dans l'ordre interne (section 2).

Section 1 – L'effet créateur de droit de l'intégration à une organisation internationale

117. Plan. L'OMC a pour fonction de réguler le commerce international en assurant le respect des nombreuses conventions enregistrées par son secrétariat. Bien qu'elle tende à le devenir,

²⁴⁰ Nous pouvons mettre en avant une troisième variante, la substitution, qui n'entre cependant pas dans le cadre de notre étude puisqu'elle ne concerne à l'heure actuelle que l'Union Européenne.

²⁴¹ Autrement dit : l'interétatisme statique a pour vocation de faire respecter un statut quo en sanctionnant tout comportement déviant. A l'inverse l'interétatisme évolutif fonctionne comme un système de pallier. Sous réserve de sanctions, chaque Etat devra évoluer vers le pallier supérieur.

elle n'est pas une autorité législative et ne peut créer du droit : cette fonction appartient exclusivement aux Etats-membres au moment de la négociation des conventions. Le marché de l'offre et de la demande que nous avons mis en évidence jusqu'ici, se retrouve ainsi modifié : il se dédouble en un marché diplomatique – celui de la négociation des conventions (A) – et un marché politique – celui de la servitude des Etats à l'égard de ces conventions (B) – dont l'organisation internationale est le point de jonction.

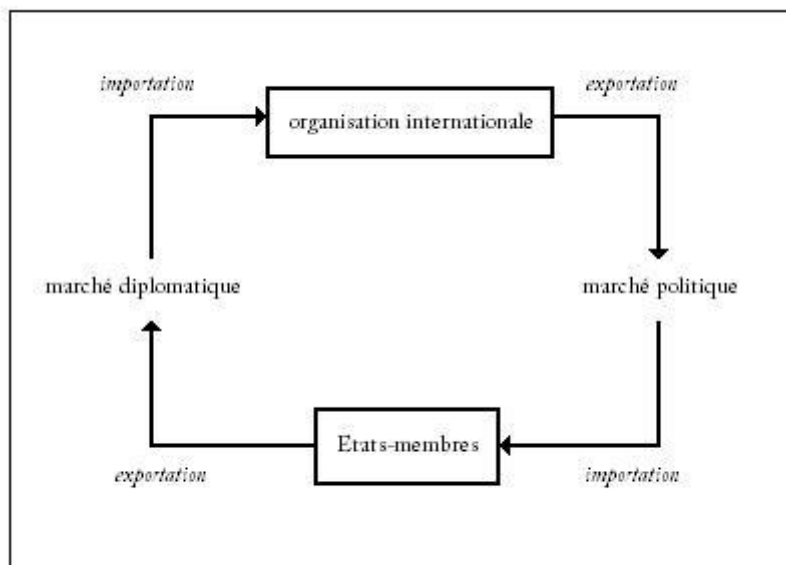


FIGURE N°2 : CONCEPTUALISATION DU MARCHÉ INTERNATIONAL DU DROIT

I – Le marché diplomatique

118. L'importation du droit. Les organisations internationales, et particulièrement l'OMC, sont des demandeurs de droit qui, pour des raisons d'urgence et d'absence d'organe véritablement créateur de droit, puisent dans les ordres internes des Etats-Membres les règles nécessaires à l'élaboration d'un corpus international concernant autant leur mode de fonctionnement²⁴² que les règles substantielles qu'elles régissent. La logique veut ainsi « *qu'en l'absence de puissance ouvertement dominante, elles sont amenées, dans une 'logique*

²⁴² Nous retrouvons par exemple la même bipolarité à l'OMC qu'à l'OEB qui se compose d'une part d'un organe administratif et d'autre part d'un organe de règlement des litiges. L'OMC et l'OEB sont en effet deux exemples représentatifs du rayonnement des administrations de type français et allemand dans la sphère internationale.

de cueillette', à rechercher dans les différents droits nationaux les règles les plus adéquates. Le résultat est le plus souvent un patchwork juridique (autant que possible harmonieux), faisant appel, dans un esprit de compromis, à des modèles de droit dominants sans en privilégier aucun »²⁴³.

Peut-être est-ce suite au développement préalable du GATT que l'OMC a modifié les méthodes traditionnelles de négociation, poussant les Etats-membres à faire des choix plutôt que des compromis²⁴⁴. Ce changement de nature s'explique alors par la complexité des caractéristiques des négociations liées au domaine économique :

- L'inter-connexité des notions de procédure pénale et les différences fondamentales existantes entre les systèmes américain et européen ne permettent pas de puiser avec cohérence dans chaque droit interne les règles nécessaires à l'élaboration d'une procédure commune. Nous retrouvons ce dilemme dans la procédure de règlement des litiges de l'ORD qui a préféré la procédure accusatoire au détriment de la procédure inquisitoire plus efficace en matière de conflits transnationaux. L'ORD étant cependant largement inspiré de la section spécial 301 de la loi américaine, il ne peut souffrir de l'incohérence causée par le mélange d'éléments inquisitoires à une procédure qui par nature s'y oppose²⁴⁵. Nous remarquons d'ailleurs que si de nombreux textes internationaux font référence à la prise en compte des « *principaux systèmes juridiques du monde* »²⁴⁶, notamment dans la désignation des personnes appelées à siéger dans des organes juridictionnels, cette mention fait défaut dans le mémorandum instituant l'ORD. Ce même dilemme se retrouvera dans les articles de l'Accord sur les ADPIC régissant la phase pénale de l'action en contrefaçon.
- L'argument avancé en matière de procédure pénale est discutable concernant le droit matériel des brevets qui ne souffre que de faibles différences entre les systèmes américain et européen. Cependant, l'Accord sur les ADPIC – l'argument sera le même pour le projet SPLT – est rédigé de manière à permettre aux Etats-membres

²⁴³ M. MOREAU, « A propos de l'influence internationale du droit français », op. cit., p.364.

²⁴⁴ Nous devons faire une distinction importante entre le compromis – synthèse des législations en présence – et la compensation – acceptation d'un choix sous réserve de privilèges accordés accessoirement – qui sont malheureusement très souvent confondus.

²⁴⁵ Certaines règles mentionnant les autorités nationales en matière de sauvegarde peuvent être qualifiées d'inquisitoire mais elles ne remettent pas en cause le caractère purement accusatoire de cette procédure.

²⁴⁶ Par exemple, l'article 9 du Statut de la Cour Internationale de Justice dispose que les juges élus sont garants de « *la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde* ».

d'effectuer un choix entre les deux systèmes alors qu'une synthèse ne semble guère difficile. Mais cela est sans compter que cette concurrence a lieu entre deux perceptions différentes du droit – l'une économique, l'autre scolastique – qui se retrouvent profondément ancrées dans les ordres internes et qui ont toutes deux été exportées à grande échelle dans les conventions bilatérales et multilatérales ratifiées en dehors du cadre de l'OMC. Modifier ces deux systèmes revient alors à remettre en cause l'ensemble des dispositions que nous avons étudiées auparavant et qui ont été établies bien avant la création de l'organisation. L'harmonisation de ces règles se révélera alors non pas impossible mais étendue dans les temps à venir. Gageons tout de même des efforts effectués par les Etats-Unis sur la question de la titularité des droits d'exploitation au premier déposant.

- Enfin il est évident que le nombre imposant d'Etats-membres est un frein considérable à la réalisation d'un compromis. D'une part, la quantité de matière première est trop importante pour espérer un regroupement harmonieux de toutes les législations internes. D'autre part, les modalités particulières de vote au sein de l'organisation prenant en compte la souveraineté de l'Etat et non son poids politique et économique serait une source de blocage dans un système de synthèse, si nous prenons en compte l'impossibilité matérielle de satisfaire tous les intérêts en présence.

119. L'exportation du droit. Le Conseil d'Etat français a parfaitement identifié les exportateurs de droit qui répondent aux demandes spécifiques du marché des organisations internationales. Ainsi, « *depuis la disparition du système de type soviétique qui avait géographiquement essaimé par des voies qui lui étaient propres, ce sont les systèmes romano-germanique et de common law (c'est-à-dire les pays qu'ils réunissent) qui sont les principaux exportateurs de droit. La progression récente du système de droit musulman pourrait toutefois dans les prochaines années justifier une étude particulière* »²⁴⁷.

Les négociations se baseront alors sur une domination juridique. En effet, sera choisi un droit « valeureux », qui aura démontré son efficacité. Il est alors tout à fait cohérent qu'entrent en concurrence les droits américain et européen, les deux législations étant les plus anciennes, les

²⁴⁷ M. MOREAU, « A propos de l'influence internationale du droit français », op. cit., p. 365.

plus abouties, mais aussi les plus adaptées au développement de l'innovation car les Etats-Unis et l'Europe sont parmi les régions les plus prolifiques en matière d'inventions.

Se pose le problème de droits nouveaux et peu développés dans les pays industrialisés qui ne sont pas sujet aux crises actuelles de santé publique et de préservation des ressources biologiques. L'émancipation des pays émergents de la tutelle économique des pays développés aboutit alors à la création d'un nouveau type de pays exportateurs de droit qui, sous forme de coalitions, imposent leur perception du degré de protection par le brevet.

120. La coalition des pays émergents. L'idée même de coalition n'est pas inhérente aux négociations régies par l'OMC puisqu'avant même la conclusion de l'Accord sur les ADPIC, les pays émergents s'étaient regroupés au sein de l'OMPI afin de réclamer conjointement la révision de la Convention de Paris concernant les exceptions au droit d'exploitation du brevet²⁴⁸. Le même phénomène s'est reproduit au Conseil des ADPIC, qui représentait un forum alternatif sur les questions de propriété intellectuelle, bloquées au sein de l'OMPI²⁴⁹. Comme l'a remarqué Adrien Otten : « *J'ai travaillé pour l'OMC et le GATT depuis plus de 25 ans et j'ai vu un nombre croissant de pays en développement influents ou des blocs de pays en développement devenir membres et participants actifs ... Ils se sont organisés d'une manière impressionnante et deviennent beaucoup plus efficaces, en influençant la façon dont les décisions sont prises à l'OMC et le contenu de ces décisions* »²⁵⁰.

La première raison de cette influence croissante a été la redéfinition d'une carte géopolitique au sein de l'OMC par l'institutionnalisation des groupes fondés sur des affinités économiques, politiques et géographiques. Alors que ces groupes proliférèrent dans le système des Nations-Unis – l'exemple le plus important de coalition est toujours le groupe des 77 qui officia au sein du CNUCED, alors considéré comme le contre-pouvoir du GATT – ils n'eurent aucune reconnaissance formelle au sein du GATT et des autres institutions prévues à l'accord de

²⁴⁸ P.-K. YU, « Currents and crosscurrents in the International Intellectual Property Regime », Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 38, pp. 323-443 ; S. ZHANG, « De l'OMPI au GATT : la protection internationale des droits de la propriété intellectuelle », Litec, pp. 166-168.

²⁴⁹ La Doctrine s'accorde sur l'impact politique de l'annexion de l'Accord sur les ADPIC aux actes fondateurs de l'OMC, afin de créer un nouveau forum de négociation libre de toute coalition, où les pays développés retrouvaient leurs privilèges économiques et diplomatiques.

²⁵⁰ A. OTTEN, « International Institutions, Rules and Practices and Capacity Building », discours présenté à la conférence « How intellectual property rights could work better for developing countries and poor people », The Royal Society, 21 février 2002 (traduction).

Bretton Woods. Il faudra alors attendre le passage du GATT à l'OMC pour assister à leur réapparition²⁵¹. Cette évolution, liée au changement institutionnel, nous amène ainsi à deux conclusions :

- D'une part, la doctrine²⁵² a très souvent admis que l'inexistence de ces groupes au sein du GATT tenait de la spécificité qu'avait cette organisation d'être un forum où se négociaient des questions purement commerciales ne se prêtant guère à la généralisation ou la démarcation rigide nécessaire à la formation de coalitions d'intérêts. L'OMC, héritant de ce forum de négociations commerciales, s'est également octroyée les questions d'ordre politique de la compétence du CNUCED qui, aujourd'hui a décliné au point de ne devenir qu'un « *simple discours sur l'état du monde* »²⁵³. Peut-être pouvons-nous alors regretter ce glissement vers le domaine politique qui fonde la structure coalisée de l'OMC, source du blocage actuel des négociations.
- D'autre part, le système de coalition – et l'essoufflement du groupe des 77 à moment où la doctrine du libéralisme défendu par le GATT bénéficiait d'une audience sans précédent – a été la cause principale du déclin du CNUCED. Ainsi, la division du monde opérée n'a pas survécu à la Conférence de Carthagène du 5-26 février 1992 qui s'est ouverte sur un contexte géopolitique nouveau : alors que le groupe des pays développés approuva sa dissolution afin de privilégier les négociations lancées par la déclaration de Punta Del Este, le groupe des pays socialistes perdit sa raison d'être après la chute du Mur de Berlin. Seul le groupe des pays en développement fut présent à la table des négociations. Encore une fois l'OMC, bien qu'héritière du GATT, suit la voie du CNUCED et voit aujourd'hui son rôle décliner alors que les pays développés ont tenté de créer, sans grand succès, un nouveau forum de discussion autour du projet ACTA²⁵⁴.

²⁵¹ Les principaux groupes de pays émergents sont alors : le groupe ACP et le groupe Africain (fondés sur des considérations géographiques), le groupe des pays les moins avancés et le groupe méta-divers (fondés sur des considérations économiques).

²⁵² Par exemple : K. KLEMET-NGUESSAN, « La propriété intellectuelle et les négociations commerciales de l'Uruguay Round », Atelier national de reproduction des thèses, 1995, pp. 94-99.

²⁵³ R. SANDRETTO, « Commerce international », Armand Colin, 1995, p. 52.

²⁵⁴ La ratification du traité fut rejetée par le Parlement Européen le 4 juillet 2012.

La seconde raison est la modification de la composition des membres de l'OMC. Bien que la doctrine mette l'accent principalement sur l'augmentation du nombre de voix²⁵⁵ au sein des groupes de pays émergents, Nous préférons relativiser l'argument quantitatif et nous appuyer sur l'effet de l'émergence de ces pays. Ainsi, certains pays toujours catégorisés comme émergents, ont atteint un niveau d'industrialisation largement concurrentiel. Sur le classement des puissances commerciales en fonction de leur PIB effectué par Le FMI²⁵⁶, la Chine, le Brésil et l'Inde arrive respectivement à la deuxième, sixième et dixième place, alors que l'Allemagne, la France et le Royaume-Uni sont respectivement à la quatrième, cinquième et septième place. Ainsi, comme le remarque Jean-Frédéric Morin : « *la Chine est (...) consciente que son marché intérieur en croissance est convoité par plusieurs pays développés, dont les Etats-Unis, et que cette convoitise représente un atout significatif dans les négociations commerciales* »²⁵⁷. Ces pays, figure de proue des groupes de pays émergents, sont pourtant une arme à double tranchant : si leur poids politique et économique est suffisamment conséquent pour concurrencer les pays développés dans les négociations commerciales, leur niveau d'industrialisation leur donne des préoccupations différentes des autres pays émergents ne disposant d'aucune unité de production. Ainsi, si l'Inde et le Brésil sont considérés comme des fers de lance sur les questions de santé publique et de biodiversité, ils ont été accusés de privilégier leurs intérêts propres à ceux des groupes auxquels ils appartiennent, au cours du Cycle de Doha²⁵⁸.

Enfin, nous comptons également l'émancipation des pays les moins avancés bénéficiant de l'assistance technique prévue dans l'Accord sur les ADPIC et la grande majorité des conventions bilatérales et multilatérales ratifiées en dehors du cadre des organisations internationales. Alors que les négociations du Cycle de l'Uruguay furent dominées par les pays développés et quelques pays émergents à fort potentiel industriel, les pays les moins

²⁵⁵ L'adhésion de 34 pays émergents au moment de sa création représente un changement important puisque, contrairement aux autres institutions de Bretton Woods, l'OMC, fidèle aux règles de procédure héritées du GATT, prévoit que chaque pays ne représente qu'une voix, peu importe son poids économique. Néanmoins, nous devons relativiser ce changement car la majorité des décisions restent prises par consensus.

²⁵⁶ <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2011/02/weodata/index.aspx> (consulté le 1er juillet 2016). Les chiffres sont ceux de 2011.

²⁵⁷ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit., p. 180.

²⁵⁸ http://www.lemonde.fr/international/article/2007/06/21/omc-le-bresil-et-l-inde-rompent-les-negociations-avec-les-etats-unis-et-l-ue_926759_321.html (consulté le 1er juillet 2016).

avancés, qui avaient accepté la convention sans véritablement en connaître les implications²⁵⁹, ont appris à mieux définir leurs préférences quant au degré de protection des brevets.

121. La coalition des acteurs non étatiques. La présence d'acteurs non étatiques dans le régime international des brevets n'est pas en soi une nouveauté, notamment au regard de l'importance du *Private Lobby* – lobby industriel – en faveur d'une protection forte des avantages concurrentiels tirés de l'innovation. Rappelons à ce titre le rôle décisif du secteur privé américain dans les négociations de la Déclaration de Punta Del Este.

Les industries Merck, IBM, General Electric, DuPont, Warner Communications, Pfizer, Hewlett-Packard, Bristol-Meyers, FMC Corporation, General Motors, Johnson & Johnson, Monsanto et Rockwell International formèrent en 1986 l'Intellectual Property Committee, comité privé représentant les intérêts des secteurs industriels dont l'économie n'était viable que sous condition d'une forte protection de l'innovation. Les délégations américaines furent ici soutenues par la Confédération on British Industries, la Bundesverband der Deutschen Industrie, le Conseil national du patronat français, l'Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe et le Keidanren qui firent pression sur les gouvernements européens et japonais afin de créer une coalition des pays industrialisés favorable aux propositions américaines au sein du GATT. Selon Carol BILZI, lobbyiste américaine, la mission de l'Intellectual Property Committee fut une réussite : « *grâce à la participation du secteur privé, le domaine de la propriété intellectuelle a évolué dans le cadre du Cycle d'Uruguay, d'une question obscure qui n'a pas été largement reconnue comme un sujet approprié pour le GATT avant la réunion de Punta del Este en septembre 1986 à l'une des questions les plus importantes et surveillées* »²⁶⁰

Cependant, l'internationalisation du droit des brevets et la mise en avant des préoccupations d'intérêt général contraire aux techniques de protection mise en place par l'Accord sur les ADPIC a favorisé le développement d'un autre type de lobbying – le citizen lobby – basé sur des organisations à but non lucratif et non-gouvernementales. Malgré une disparité évidente

²⁵⁹ Le rapport sur le développement humain du programme des Nations-Unies pour le développement de 1999 a mis l'accent sur le manque d'information quant aux implications économiques et sociales de l'Accord sur les ADPIC, des pays les moins avancés attirés par la promesse d'ouverture des marchés européens et américains lors des négociations. PNUD, « *Human development Report* », PNUD, 1999, p. 74.

²⁶⁰ C. BILZI, « Toward an Intellectual Property Agreement in the GATT : View from the Private Sector », Georgia Journal of International and Comparative law, 1989, p. 343 (traduction).

quant à leur objet²⁶¹ et leurs positions en matière de droit des brevets, ces organisations ont comme atout d'être considérées par l'opinion publique comme des autorités morales guidées par des objectifs altruistes car leur caractère non lucratif suggère une certaine neutralité face à l'industriel dont l'objectif est le profit. La médiatisation de plus en plus forte des débats au sein de l'OMC leur donne ainsi un sérieux avantage. Comme l'énonce Thomas RISSE : « *les communications biaisées ou intéressées sont beaucoup moins convaincantes que celles qui sont perçues comme neutres ou motivées par des valeurs morales* »²⁶².

Fortes d'une autorité morale reconnue dans tous les pays grâce à une diffusion de l'information par des structures transnationales, les ONG auront principalement pour rôle d'articuler le droit des brevets avec les problèmes internationalisés de développement social et économique. L'exemple-phare reste la dénonciation de l'impact de l'Accord sur les ADPIC dans le problème de l'accès aux antirétroviraux, à la veille du procès de Pretoria. Ellen 't HOEN retrace le travail de ces organisations : « *la première réunion internationale consacrée spécifiquement à l'utilisation des licences obligatoires pour accroître l'accès aux médicaments contre le sida a eu lieu en mars 1999 au Palais des Nations à Genève et a été organisée par le Consumer Project on Technology, Health Action International et MSF. Plus tard dans la même année, le même groupe d'ONG a organisé la Conférence d'Amsterdam sur l'accès croissant aux drogues essentielles dans une économie mondialisée, qui a réuni 350 participants de 50 pays à la veille de la conférence ministérielle de Seattle à l'OMC* »²⁶³.

Suite à ces conférences qui permirent de développer la médiatisation du procès de Pretoria, une campagne fut orchestrée contre le vice-président et candidat aux élections Al Gore en raison de sa position favorable aux industries pharmaceutiques dans leur différend avec le gouvernement sud-africain. Ralph NADER, fondateur de *Consumer Project on Technology*, annonça sa candidature aux élections, privant le candidat démocrate d'une partie non négligeable de son électorat traditionnellement acquis. Afin de sauver sa candidature, Al Gore dut soutenir la pratique des importations parallèles dans les pays africains souffrant d'un

²⁶¹ Nombre de ces organisations ne s'intéressent au droit des brevets que de manière indirecte, par interférence avec leur domaine de prédilection. Ces domaines seront par exemple la protection de l'environnement et de la biodiversité, l'accès à la médecine, le rayonnement du savoir scientifique, ou encore la protection du consommateur.

²⁶² T. RISSE, « Let's Argue ! Communicative Action in World Politics », International Organization, 2000, vol. 54, p. 17 (traduction).

²⁶³ E. HOEN, « Public Health and International law : TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access to essential Medicines: A Long Way From Seattle to Doha », Chicago Journal of International law, 2002, vol. 3, p. 33 (traduction).

faible accès aux antirétroviraux²⁶⁴. Le changement radical de position des Etats-Unis permit d'aboutir à un consensus avec les pays émergents lors du cycle de Doha, en faveur de l'utilisation des licences obligatoires en matière de santé publique.

122. La faible coalition des pays développés. Alors que les pays émergents et les ONG s'organisent de plus en plus en coalition, jusqu'à former une méta-coalition d'opposition quasi-systématique aux pays développés, ces derniers semblent plus divisés sur la question du droit des brevets. En effet, les tentatives de coalition entre l'Europe, le Japon et les Etats-Unis nous montrent le faible intérêt que ces Etats portent à mettre au point des objectifs communs dans cette matière. En effet, nous pouvons rappeler le manque d'enthousiasme de la Communauté Européenne et du Japon lors des négociations à l'origine de la déclaration de *Punta Del Este*, préférant une modeste codification des principes généraux de l'action en contrefaçon²⁶⁵ à la création du Conseil de la propriété intellectuelle rattaché à l'OMC²⁶⁶. Ce sont en effet les organisations non gouvernementales qui s'unirent pour faire pression sur leurs gouvernements respectifs. De même, encore aujourd'hui le seul groupe institutionnalisé à l'OMC réunissant l'Europe et les Etats-Unis est le groupe des « Amis de l'ambition » qui ne prévoit pas la question de la propriété intellectuelle dans ces objectifs²⁶⁷.

Sur un plan diplomatique, l'absence d'une coalition forte de pays développés s'explique par l'importance des relations diplomatiques établies par l'Union Européenne, le Japon et les Etats-Unis dans le cadre de relations bilatérales ou multilatérales non régies par une organisation internationale. Ces pays se retrouvent donc dans une logique de concurrence diplomatique où ils se considèrent chacun suffisamment influent sur le reste du monde pour ne pas avoir à s'unir et à régler une uniformisation interne des objectifs, nécessaire à toute coalition.

²⁶⁴ S.-K. SELL, « TRIPS and the access to medicines campaign », *Wisconsin International Law Journal*, 2002, vol. 21, pp. 431-522.

²⁶⁵ P. DRAHOS, « Information Feudalism in the Information Society », *The Information Society*, op. cit., p. 209.

²⁶⁶ Alors qu'un front commun sur la question de la propriété intellectuelle était nécessaire pour combattre la position des coalitions déjà présentes lors des conférences du CNUCED, l'Europe et le Japon préféreraient réserver leurs armes diplomatiques sur la question épineuse des subventions agricoles. Sur ce point : S.-K. SELL, « Private power, public law : the globalization of intellectual property rights », Cambridge University Press, 2003, p. 104.

²⁶⁷ www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/meet08_brief08_f.doc, (consulté le 1er juillet 2016)

Sur un plan politique, nous constatons une divergence de plusieurs pays européens qui se montrent sensibles aux revendications des pays émergents. L'étude de ses recommandations auprès de l'OMC nous permet de constater que la Communauté Européenne privilégie le compromis face aux différentes fractures économiques – principalement entre les pays développés et les pays émergents – au détriment de ses intérêts propres. Cette obstination ne correspond pas à la politique des communautés internationales dans lesquelles, comme nous l'avons vu, la création d'une législation basée sur un compromis entre les intérêts des différents pays a fait place au choix d'une législation existante adaptable aux besoins de chacun. Ainsi, concernant la question de la santé publique, la Communauté Européenne²⁶⁸ a adopté une position intermédiaire²⁶⁹ entre celle des Etats-Unis²⁷⁰ et celle du groupe africain²⁷¹, par le jeu de l'imprécision de termes tels que « *épidémie* » et « *produits pharmaceutiques* ». Le Canada, la Norvège et les Pays-Bas ont également modifié leur droit interne afin de favoriser les exportations de médicaments fabriqués sous licence obligatoire²⁷². Les mêmes réserves se retrouvent concernant la question de la biodiversité, la Suisse et le Danemark ayant intégré dans leur droit interne la proposition de divulgation de l'origine des ressources génétiques prônée par le groupe méga-divers, sur la base de la Convention sur la diversité biologique²⁷³.

II – Le marché politique

123. Plan. Le marché diplomatique ne met pas en évidence une domination juridique des Etats sur l'organisation internationale, tous au plus pouvons-nous y voir une domination d'un Etat-membre sur tous les autres. Le marché diplomatique nous révèle quant à lui une réelle subordination des Etats à l'organisation internationale, par le biais de la mutation des souverainetés nationales. L'OMC en est l'un des exemples les plus marquants : en plus de restreindre les Etats au choix d'une économie de marché favorable à une protection forte de la

²⁶⁸ Recommandation IP/C/W/352.

²⁶⁹ S'il est vrai que la conception manichéenne de l'opposition entre les Etats-Unis et le groupe des pays en développement dans la mise en œuvre des licences obligatoires peut paraître réductrice, elle reflète bien la place de « modérateur » que s'octroie l'Union Européenne en proposant ce compromis.

²⁷⁰ Recommandation IP/C/W/355.

²⁷¹ Recommandation IP/C/W/351.

²⁷² J-F. MORIN, « La divulgation de l'origine des ressources génétiques : une contribution du droit des brevets au développement durable », Les cahiers de la propriété intellectuelle, 2005, pp. 31-47.

²⁷³ Ibid.

propriété intellectuelle (1), elle usera de diverses mesures pour inciter – voire obliger – le plus grand nombre d’Etats à l’adhésion (2).

A – La souveraineté nationale face aux organisations internationales

124. seconde guerre mondiale, imposé des mutations à la souveraineté nationale, en accumulant « *les particularités d’un droit à vocation universelle, qui a trouvé son point d’aboutissement avec l’abandon de la règle de l’unanimité en matière d’adoption et d’entrée en vigueur des traités multilatéraux ou d’efficacité des réserves, ou avec la généralisation des possibilités d’adhésion* »²⁷⁴. A ce titre, l’OMC ne fait pas exception.

La redéfinition des souverainetés au sein de l’organisation se retrouve alors dans l’évolution d’un principe d’égalité entre les Etats, à un principe d’équité. Alain PELLET définissait la société internationale comme la juxtaposition d’entités souveraines, où « *la souveraineté est partagée entre près de deux cents entités – ce qui, d’ailleurs, conduit nécessairement à donner à la souveraineté au plan international une définition différente de celle qui est habituellement retenue dans l’Etat, où elle s’accommode d’être définie comme un pouvoir illimité et inconditionné. Dans l’ordre international, la souveraineté de chaque Etat est, nécessairement, concurrencée et du coup limitée, par celles, égales, appartenant à tous les autres* »²⁷⁵. En effet, force est de constater que l’idée de souveraineté sera au plan international limitée, encadrée. Ce qui était considéré comme une liberté²⁷⁶ se transforme alors en compétence qui « *s’exerce dans un cadre dont les contours sont remarquablement flous* »²⁷⁷. L’organe d’Appel de l’ORD confirme ce raisonnement : « *L’Accord sur les ADPIC est un traité, c’est-à-dire l’équivalent d’un contrat au niveau international. Il paraît évident que, agissant à titre souverain et au nom de leurs intérêts nationaux respectifs, les Membres de l’OMC ont dû faire un compromis. En échange des bénéfices qu’ils espèrent tirer de leur*

²⁷⁴ A. PELLET, « L’adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », Académie du droit international de La Haye (hors commerce), 2007, p. 23.

²⁷⁵ Ibid., p.19

²⁷⁶ J. COMBANAU, « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l’Etat », POUVOIRS, n°67, 1993, pp. 47-58.

²⁷⁷ B. KIEFFER, « L’organisation Mondiale du Commerce et l’évolution du droit international public », Larcier, 2008, p. 99.

statut de Membre, ils ont accepté d'exercer leur souveraineté en se conformant aux engagements qu'ils ont contractés dans le cadre de l'Accord sur l'OMC »²⁷⁸.

125. L'économie de marché. L'exemple le plus révélateur est l'imposition du régime libéral aux Etats-membres par l'OMC. Rappelons que la résolution 2131 de l'Assemblée générale des Nations-Unies du 21 décembre 1965 portant déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté dispose que « *tout Etat a le droit inaliénable de choisir son système politique, économique, social et culturel sans aucune forme d'ingérence de la part de n'importe quel autre Etat* ». Ce principe a notamment été réaffirmé dans la résolution 2625 du 24 octobre 1970 portant déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats et dans la résolution 36/103 du 9 décembre 1981 portant déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention et de l'ingérence dans les affaires intérieures des Etats. L'OMC, qui rejoint un groupement d'organisations internationales prônant le triptyque « droit de l'homme, démocratie, économie de marché », a alors été conçue comme un forum de négociations dans le but « *d'obtenir sans tarder une élévation progressive des niveaux de libéralisation du commerce (...) par des séries de négociations multilatérales successives* »²⁷⁹. Ainsi, avant même son adhésion à l'organisation, l'Etat est tenu de modifier son système économique²⁸⁰ en fonction du cadre posé par l'organisation²⁸¹. Selon Bob KIEFFER, il s'agit là de « *l'abandon (...) de la souveraineté nationale dans son acceptation de pouvoir autonome et suprême reconnu dans un cadre territorial donné à un appareil étatique d'imposer des règles à la population de ce territoire*

²⁷⁸ OMC, « Japon – Taxes sur les boissons alcooliques », WT/DS/8/AB/R, 4 octobre 1996, p. 18.

²⁷⁹ Préambule de l'AGCS.

²⁸⁰ Les dispositions de l'Accord sur les ADPIC ne sont en effet cohérentes que dans une économie de marché et ne pourraient être appliquée correctement dans une économie planifiée de type soviétique. Cette considération nous rapproche du système belge qui affirme que l'adoption de l'Accord de Marrakech est une réponse indirecte à la chute du Mur de Berlin et à la disparition du groupe des républiques populaires au sein des institutions onusiennes.

²⁸¹ Ainsi, les réformes engendrées par la Chine en vue de son adhésion à l'OMC dépassent largement le secteur commercial, économique et financier. Sur ce point : J. CHOUKROUNE, « l'internationalisation du droit chinois des affaires », RDAI, 2003, pp. 503-524 ; L. HENRY « L'accession de la Chine à l'OMC, réformes ou révolution ? », obs. NU, 2002, n°12, p. 165.

et d'en assurer l'exécution par la contrainte »²⁸². Une série de dispositions seront alors adoptées afin de favoriser l'adhésion de pays réfractaires à cette limitation.

B – L'intégration forcée des pays en voie de développement

126. Une volonté d'intégration non discriminatoire. Lors de la Conférence ministérielle de Singapour de 1996, les Etats-membres de l'OMC ont réaffirmé dans l'acte final leur volonté d'intégrer les pays en développement dans l'économie internationale. Ainsi, à la lecture de son paragraphe 6, nous retrouvons l'engagement des Etats à œuvrer en faveur du libéralisme économique, mais aussi pour « *l'élimination du traitement discriminatoire dans les relations commerciales internationales ; l'intégration des pays en développement, des pays les moins avancés et des économies en transition au système multilatéral* »²⁸³. Confirmant l'idée d'une intégration non discriminatoire, deux éléments viennent renforcer la charge des pays en développement. D'une part, il est aujourd'hui impossible pour ces pays de commercer en dehors du cadre de l'OMC. La quasi-totalité des accords de coopération bilatéraux conclus avec les Etats Européens ou les Etats-Unis prévoient l'obligation pour leur partenaire d'adhérer à l'organisation afin de pouvoir bénéficier du régime préférentiel prévu au traité. De même, les avantages commerciaux inhérents aux conventions régies par l'OMC, créant une concurrence entre les Etats-membres et les Etats-non-membres dans l'ouverture des marchés les plus avantageux, obligent les pays en développement à intégrer cette organisation. D'autre part, ils ont l'obligation d'accepter et de respecter tous les accords ratifiés au sein de l'OMC, sans possibilité de remettre en cause certaines dispositions qui leur serait désavantageuses. Rappelons par exemple l'impossibilité d'émettre des réserves sans l'autorisation des autres membres prévue par l'article 72 de l'accord sur les ADPIC.

Malgré certains assouplissements qui se réduisent au fil du temps, les pays en développement doivent désormais assumer les mêmes obligations que les pays développés. Ceci correspond tout à fait à la logique de la clause évolutive de 1979 qui prévoyait l'effacement graduel des privilèges accordés aux pays en développement pour préparer leur entrée dans le régime normal. En ce sens, Guy FEUER a relevé cette idée dans la Déclaration de Punta Del Este, qui

²⁸² B. KIEFFER, « L'organisation Mondiale du Commerce et l'évolution du droit international public », op. cit., p. 104.

²⁸³ OMC, « Déclaration ministérielle du 13 décembre 1996 », WT/MIN/96, p. 3.

a introduit le cycle de l'Uruguay en 1986 : *« derrière une rédaction dont le caractère diplomatique n'échappera à personne, c'est une quasi-injonction, ou à tout le moins une invitation pressante qui est faite aux pays en développement d'améliorer leur capacité d'apporter des contributions dans le cadre des dispositions et des procédures de l'accord général »*²⁸⁴.

127. La création d'un régime différencié dans le cadre du GATT. Comme l'a énoncé le professeur Fereydoun KHAVAND : *« c'est au prix de mutations successives et d'une acrobatie intellectuelle très controversée que le GATT a pu accélérer l'intégration des pays en développement dans le système commercial international »*²⁸⁵. En effet, afin de convaincre les pays en développement d'intégrer l'organisation, l'évolution des règles instaurées, dont la création du CNUCED en est le principal facteur déclencheur, a abouti à une dualité de normes et une différence de traitement favorable dans les rapports commerciaux avec les pays industrialisés. Une disposition relative au développement avait déjà pris place dans l'accord originel du GATT de 1947, sous la forme de l'article 18, prévoyant la possibilité pour ces Etats, avec l'accord obligatoire de l'Organisation, *« d'exécuter leurs programmes et leurs politiques de développement économique »*²⁸⁶, instaurant ainsi une non-réciprocité dans l'exercice des obligations conventionnelles.

Outre cette non-réciprocité, le CNUCED avait revendiqué lors de sa deuxième conférence à New Delhi en 1968 la mise en place d'un Système Généralisé de Préférences (SGP) que les pays développés accorderaient aux pays en développement. Il entra en vigueur le 12 octobre 1970, pour une durée de 10 ans et conditionné par l'accord du GATT.

Ce n'est alors qu'en 1979, lors du Tokyo Round, qu'un traitement spécial et différencié, incluant le SGP, fut adopté. Le texte, intitulé « traitement différencié et plus favorable, réciprocité et participation plus complète des pays en voie de développement », reconnaissait la licéité de tous les traitements préférentiels en faveur des pays en développement, et accordait un statut légal permanent au SGP.

²⁸⁴ G. FEUER, « L'Uruguay Round, les pays en développement et le droit international du développement », AFDI, 1994, p. 763.

²⁸⁵ F.-A. KHAVAND, « Le nouvel ordre commercial mondial, du GATT à L'OMC », Nathan, 1995, p. 27.

²⁸⁶ Article 18§2 de l'Accord instituant le GATT.

128. L'évolution du traitement différencié au sein de l'OMC. L'ensemble de la doctrine reconnaît la volonté politique de l'OMC de résoudre les problèmes liés au développement. Cependant, l'absence de texte général sur les questions de développement nous oblige à rechercher les indices d'un traitement spécial dans chaque accord²⁸⁷. Concernant l'Accord sur les ADPIC, nous ne pouvons plus faire mention de préférences – le principe de non-réciprocité du GATT étant incompatible avec l'article 4 de l'Accord sur le traitement de la nation la plus favorisée – mais de pragmatisme de l'OMC face aux questions de développement, consistant en un allègement des obligations le temps de permettre aux pays en question d'atteindre un niveau de développement suffisant. Deux dispositions seront alors mises en évidence selon le niveau de développement des pays en question : l'application différée des accords et l'encouragement au transfert de technologie.

129. L'application différée des accords. Le pragmatisme de l'OMC s'est d'abord révélé en ce que l'Accord sur les ADPIC pouvait être appliqué différemment selon le niveau de développement et la période transitoire définie.

En ce qui concerne le niveau de développement, ce dernier est certainement le critère le plus difficile à définir et a conduit à une hiérarchisation des pays du tiers-monde en fonction de leurs besoins et de leurs capacités. Ainsi, comme le note Thibaut FLORY : « *L'une des innovations majeures de la déclaration de Punta del Este est (...) l'accentuation de la différenciation de ce traitement en fonction des diverses catégories de pays en développement, dans le sens d'un traitement plus favorable à l'égard des pays les moins avancés, et d'un traitement de moins en moins favorable à l'égard des nouveaux pays industrialisés* »²⁸⁸. Les critères de sous-développement sont cependant multiples et variables. Le plus simple est alors de retenir ceux du CNUCED, soit le faible PIB par habitant, la part des industries manufacturières dans le PIB total et le taux d'alphabétisation de la population. Cependant, aucun critère n'existe pour caractériser les sous-catégories de pays en développement, dont les pays les moins avancés qui font l'objet de leur propre disposition au sein de l'Accord. Si

²⁸⁷ A ce stade, nous noterons que le SGP institué dans le cadre du GATT existe toujours dans les annexes du cycle de l'Uruguay. Cependant, la hiérarchie existante entre ces textes lui donne une force limitée par les dispositions de l'Accord sur les ADPIC.

²⁸⁸ T. FLORY, « Chronique de droit international économique », AFDI, 1986, p. 606.

l'OMC n'a pas adopté de classification stricte, c'est probablement que ces catégories varient en fonction des accords étudiés. Ainsi, nous retrouvons des critères d'identification des pays les moins avancés dans d'autres accords, tel que l'Accord sur les subventions.

En ce qui concerne les délais, ceux-ci évolueront en fonction du niveau de développement des pays. Ainsi, pour les pays en développement en général, l'article 65 prévoit la possibilité de différer de 5 ans l'entrée en vigueur de l'Accord, ainsi qu'une période additionnelle de 5 ans après l'application générale de l'Accord, pour certains domaines techniques, dont l'industrie pharmaceutique. Les délais de transition étant aujourd'hui prescrits, cet article ne porte plus à commentaire. En revanche, l'article 66 prévoit pour les pays les moins avancés, une période transitoire de 10 ans à compter de l'entrée en vigueur de l'Accord. Cette disposition a pu faire l'objet de nombreuses critiques. En effet, *« il convient de noter que cette période semble courte pour permettre aux pays les moins avancés surtout, de profiter de cette dérogation afin de poser les jalons d'un développement technologique solide... En réalité, la période transitoire a été introduite dans le projet d'accord pour écarter le principe du traitement spécial et différencié en faveur des pays en développement. L'objectif recherché est de ne plus moduler ou graduer les obligations juridiques en fonction du niveau de développement économique et technologique des Etats. Il découle des développements précédents un risque de régression juridique par rapport au principe du traitement spécial et différencié »*²⁸⁹. Nous devons cependant atténuer ces affirmations, car ce délai, normalement prescrit au 1^{er} janvier 2006, a fait l'objet d'une prorogation de 15 ans sous l'initiative de la Zambie. L'accord sur la prorogation du 29 novembre 2005 a pu être qualifié de très minimaliste car il prévoit une clause de statut quo gelant les lois relatives aux brevets déjà existantes. Ainsi, de nombreux pays moins avancés qui ont promulgué des lois sur les brevets sous la crainte de sanction après le 1^{er} janvier 2006, ne peuvent aujourd'hui se prévaloir de ce nouveau délai pour abroger les dispositions les plus contraignantes.

130. L'encouragement aux transferts de technologies. Alors que l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC prévoit dans ces objectifs principaux que la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devaient contribuer à la promotion de l'innovation et au transfert de

²⁸⁹ A. TANKOANO, « L'accord sur les droits de propriété intellectuelle liés au commerce », Droit et pratique du commerce international, 1994, vol.20, p. 466.

technologies, l'article 66.2 traite du cas particulier des pays les moins avancés et prévoit l'obligation qu'ont les pays développés d'encourager les transferts à leur égard. Bien que rédigé dans des termes imprécis et redondants eu égard les nombreuses conventions bilatérales en la matière, cet article a été remis à jour lors de la Conférence de Doha sur la santé publique, les pays les moins avancés souhaitant le rendre plus effectif. Le Conseil des ADPIC a ainsi adopté en 2003 un « mécanisme visant à assurer la surveillance et la mise en œuvre des obligations en question ». Ce mécanisme prend aujourd'hui la forme de rapports par lesquels les pays développés rendent compte au Conseil sur les mesures prises afin de respecter leurs engagements.

131. Synthèse. Le caractère de facto obligatoire de l'adhésion des pays en développement à l'OMC et la perte graduelle des préférences et avantages accordés dans le but de permettre une adaptation économique au système international a conduit de nombreux pays en développement à entrer dans la danse de l'harmonisation internationale du droit des brevets, et à voir leur souveraineté limitée dans le choix du système de protection à adopter. Le traitement différencié, facteur d'intégration de ces pays, sera toujours source d'incertitudes. Les normes de droit international de développement sont générales et imprécises ; l'Accord sur les ADPIC, par la clause de la nation la plus favorisée, l'interdit. Ne restent que les avantages que nous avons étudiés. Se pose alors la question de leur force contraignante, car si certaines mesures sont sans doute invocables devant l'office de règlement des différends, comme par exemple les délais de mise en œuvre, les autres demeurent largement à la discrétion des pays développés.

Section 2 – Transposition du droit international des brevets dans l'ordre interne

132. Plan. La domination internationale que nous avons mise en évidence au sein de l'OMC a abouti à la création d'un droit international auquel les Etats-membres doivent se conformer. Ces derniers ont donc l'obligation de le transposer dans leur ordre interne (I), tout en disposant d'éléments de flexibilité permettant une adaptation du droit aux spécificités locales (II)

I – L’obligation de transposition

133. Les méthodes de transposition. Le débat sur le monisme et le dualisme en droit international persiste de nos jours²⁹⁰, opposant les Etats-membres de l’OMC sur les méthodes employées pour intégrer l’Accord sur les ADPIC dans leurs législations internes. En effet, dans certains pays, Constitutions²⁹¹ et Cours suprêmes²⁹² ont considéré que les traités internationaux sont directement applicables sur leur territoire tandis que dans d’autres²⁹³, l’adoption d’une législation nationale spécifique ou d’une mesure équivalente est nécessaire.

Bien que nous constatons une certaine indifférence de la doctrine envers ces questions de droit constitutionnel – d’une part parce que les Etats ont une obligation de résultat et non de moyen, et d’autre part parce que le droit international n’impose aucune obligation en la matière, si ce n’est celle d’exécuter leurs engagements de bonne foi – nous leurs accordons une relative importance puisque de ces méthodes varie évidemment le degré de marge de manœuvre dans la mise en œuvre des obligations conventionnelles.

134. Absence originelle d’effet direct. Dans la lignée de l’interprétation habituelle du *Pacta sunt servanda* imposé par l’article 26 de la Convention de Vienne de 1969, l’Accord sur les ADPIC semble refuser tout effet direct aux dispositions qui le suivent. D’une part l’article 1^{er} dispose que « *Les Membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques* ». En effet, l’Accord ne peut être directement applicable dans un ordre interne à partir du moment où chaque Etat est libre de choisir sa méthode de transposition, ce qui implique l’utilisation des mesures de transposition inhérentes aux règles constitutionnelles que nous avons précédemment mentionnées. D’autre part, ce même article prévoit que « *Les Membres pourront, sans que cela soit une obligation, mettre en œuvre dans leur législation*

²⁹⁰ J. DHOMMEAU, « Monismes et dualismes en droit international des droits de l’homme », *Annuaire français du droit international*, 1995, vol. 41, pp. 447-468.

²⁹¹ Nous pouvons citer en exemple l’article 45 de la Constitution des Etats-Unis, l’article 55 de la Constitution française, l’article 55 de la Constitution péruvienne et l’article 8 de la Constitution portugaise.

²⁹² Nous pouvons citer en exemple l’arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 21 mai 1971 « Fromage franco-suisse Le Ski » et la décision du Tribunal fédéral suisse du 2 mars 1973 « Schubert ».

²⁹³ Nous pouvons citer en exemple l’« Act of Parliament » adopté en 1911 au Royaume-Uni et exporté dans tous les pays du Commonwealth.

une protection plus large que ne le prescrit le présent accord ». La protection établie n'est donc qu'un seuil minimal qu'il est permis de dépasser : la marge de manœuvre ici accordée ne peut être envisagée que par l'adoption d'un nouveau régime de protection par voie législative.

Comme l'a énoncé le Comité du développement et de la propriété intellectuelle, « *dans le cas précis de l'Accord sur les ADPIC, on ne sait pas si les membres de l'OMC sont capables de l'appliquer directement ou s'ils doivent le transcrire dans le droit interne moyennant une procédure législative* ». Habituellement, la doctrine des pays de tradition moniste considère qu'il existe deux types de règles internationales non directement applicables²⁹⁴ : celles qui ne prévoient aucune obligation pour un Etat mais lui confèrent un pouvoir discrétionnaire, et celles qui prévoient des obligations qui ne peuvent être mises en œuvre sans l'intervention de l'Etat dans la création des organes, procédures et mécanismes nécessaires. A ce titre, l'Accord sur les ADPIC a longtemps été considéré comme ne possédant pas les qualités requises par les tests d'applicabilité directe²⁹⁵, l'absence d'obligation de nature inconditionnelle, la faible clarté des dispositions et la référence quasi-systématique au rôle de l'Etat étant autant d'obstacles dirimants²⁹⁶.

Nous retrouvons cette solution dans la décision de la CJCE du 16 novembre 2001 : « *compte tenu de leur nature et de leur économie, les dispositions de l'Accord sur les ADPIC sont dépourvues d'effet direct. Ces dispositions ne figurent pas, en principe, parmi les normes au regard desquelles la Cour contrôle [la légalité des] actes des institutions communautaires [...] et ne sont pas non plus de nature à créer, pour les particuliers, des droits dont ceux-ci peuvent se prévaloir directement devant le juge en vertu du droit communautaire* ». Cette décision concerne cependant le droit des marques, domaine dans lequel l'Union Européenne a légiféré. Tel n'est pas le cas en droit des brevets.

²⁹⁴ Pour une étude comparée, cf. B. CONFORTI, « International law and the role of domestic legal system », Kluwer Academic Publishers, 1993.

²⁹⁵ A. MONCAYO VON HASE, « The application and interpretation of the TRIP in intellectual property and international trade », Kluwer Academic Publishers, 1998.

²⁹⁶ CJCE, 16 novembre 2004, affaire *Anheuser-Busch Inc.*, C-245-02, §54. De même : CJCE, 16 juin 1998, affaire *Hermes International*, C-53/96 ; CJCE, 14 décembre 2000, *Parfums Christian Dior*, C-300/98 ; CJCE 13 septembre 2001, *Schieving-Nijstad VOF*, C-89/99. De même, A. LUCAS et H-J. LUCAS, *Traité de propriété littéraire et artistique*, Litec, 2012, p.1014 : « *Contrairement, par exemple à la Convention de Berne et à la Convention de Rome, il n'est pas directement applicable aux justiciables, même s'il reconnaît, dans son préambule, 'que les droits de propriété intellectuelle sont des droits privés'. Pour que l'Accord sur les ADPIC puisse s'appliquer dans les rapports privés, par exemple en France, il ne suffit pas qu'il ait été ratifié et publié, il faut encore qu'il ait donné lieu à autant de normes internes que nécessaire. Le sort de l'Accord ADPIC est ainsi suspendu au bon vouloir des Etats, avec le risque de rester lettre morte à l'égard des pays signataires qui n'exécuteraient pas leurs engagements sur ce point* ».

135. L'exemple de l'article 33. Certaines dispositions de l'Accord sur les ADPIC sur les brevets ont en effet pu être considérées par les juridictions nationales comme suffisamment claires pour être appliquées sans intervention préalable de l'Etat. La question a été posée concernant l'article 33²⁹⁷ et la durée de la protection conférée par le brevet, où la CJCE a déclaré que : « *lorsqu'il s'agit d'un domaine dans lequel la Communauté n'a pas encore légiféré et qui, par conséquent, relève de la compétence des États membres, la protection des droits de propriété intellectuelle et les mesures prises à cette fin par les autorités judiciaires ne relèvent pas du droit communautaire, de sorte que celui-ci ne commande ni n'exclut que l'ordre juridique d'un État membre reconnaisse aux particuliers le droit de se fonder directement sur une norme contenue dans l'accord ADPIC ou impose au juge l'obligation d'appliquer d'office cette norme* »²⁹⁸. Alors que l'Union Européenne n'exclut pas expressément l'applicabilité directe des dispositions de l'Accord sur les ADPIC qui relève de la compétence nationale, elle devient opérante à partir du moment où les conditions nationales sont respectées. Laissons alors les juridictions compétentes en décider : alors que la Cour de cassation de Belgique a bien établi que « *la notion d'applicabilité directe d'un traité à l'égard des ressortissants d'un Etat contractant implique une définition complète et précise de l'engagement de l'Etat en question et l'intention, dans le chef des Etats contractants, de régler par la voie du traité l'octroi de droits subjectifs et l'imposition d'obligations à des personnes [et] qu'il ressort de l'article 1.1 de l'Accord sur les ADPIC, que l'intention des Etats contractants n'était pas de régler l'octroi de droits subjectifs et l'imposition d'obligations à des personnes par la voie de l'Accord* »²⁹⁹, la Cour Suprême du Portugal a pu déclarer dès 2005 que l'esprit et la formulation de l'article 33 respectaient les conditions portugaises nécessaires à l'octroi d'un effet direct³⁰⁰.

²⁹⁷ Article 33 de l'Accord sur les ADPIC : « *la durée de la protection ne prendra pas fin avant l'expiration d'une période de vingt ans à compter de la date de dépôt* ».

²⁹⁸ CJCE, 11 septembre 2007, *Merck Genericos Produtos Farmaceuticos*, C-431/05, §34.

²⁹⁹ Cour de cassation (Belgique), 11 mai 2001, *Pas*, 2001, I, 839, R.W. 2002-03, p. 658. Voir également jugement du Tribunal correctionnel d'Hasselt (18^e chambre) du 3 mai 2002, *I.R.D.I.* 2002, p. 171. De même, la Doctrine belge s'accorde unanimement à invoquer la décision du Conseil des Communautés européennes du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne des accords de négociations multilatérales du Cycle de l'Uruguay. Il y est en effet mentionné que, par sa nature, l'Accord instituant l'OMC et toutes ses annexes ne sont pas susceptibles d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires.

³⁰⁰ CJCE, 11 septembre 2007, C-431/05, op. cit. §23 : « *À cet égard, le Supremo Tribunal de Justiça relève que, selon les principes du droit portugais régissant l'interprétation des accords internationaux, l'article 33 de*

136. Conséquences. Paradoxalement, si nous pensons que l'applicabilité directe de l'Accord sur les ADPIC réduirait la marge de manœuvre des Etats offerte par l'utilisation de la voie législative, nous pouvons d'ores et déjà affirmer que ce principe nuit fondamentalement à la volonté internationale d'harmoniser le droit des brevets, pour les raisons suivantes :

- D'une part, comme l'a brillamment énoncé l'avocat général Damaso Ruiz-Jarabo COLOMER, lors de la question préjudicielle posée par la Cour suprême portugaise à la CJCE, l'article 33 de l'Accord sur les ADPIC se divise en deux composantes : la première est l'obligation en elle-même, soit la durée de protection de vingt ans ; la seconde est la possible intervention de l'Etat afin d'augmenter ce délai de protection. Or, accorder un effet direct à cet article revient à nier cette composante en considérant que le silence de la loi vaut abandon des éléments de flexibilité accordés par l'Accord sur les ADPIC. Autrement dit, l'Etat, par ratification de l'Accord, s'est prononcé en faveur d'une protection de plus vingt ans, mais à défaut de loi instaurant une durée supérieure, ce silence est interprété comme une volonté de garder le niveau minimal de protection. Nous pouvons comprendre la démarche de la Cour suprême du Portugal, l'idée étant en elle-même séduisante, puisque la durée de protection conférée par le brevet n'offre aucune controverse aujourd'hui. Le danger vient alors de sa généralisation vers d'autres articles de l'Accord dont la formulation est non-équivoque. Ainsi, l'article 27.3 dispose d'une option pour la protection des variétés végétales soit par le brevet, soit par un système *sui generis*. Peut-on alors accepter qu'un juge accorde un brevet pour une variété végétale, sur le simple fondement de l'applicabilité directe de l'article 27.3 et l'absence de loi créant un système *sui generis* ? Cette position choquerait, à notre avis, plus d'un auteur...

- D'autre part, nous posons la question de savoir si l'applicabilité directe peut être invoquée devant l'Office de règlement des différends lors d'un litige portant sur l'absence de procédure législative mettant en œuvre les obligations internationales. L'idée est que si nous acceptons cette possibilité, le rôle de l'Office dans la surveillance des Etats se retrouve grandement limité, ne pouvant décemment connaître

la position de chaque Etat en la matière. En effet, rappelons que la question de l'applicabilité directe d'un traité international n'a d'intérêt que dans un cadre judiciaire et que trop peu de pays acceptent aujourd'hui de donner à la jurisprudence la même valeur que la loi.

II – Les modalités de transposition

137. Modalités de transposition. Le respect de la marge de manœuvre nationale impose des modalités de transposition particulières. Nous en décomptons deux : les dispositions transitoires (A) et les éléments de flexibilité (B)

A – Les dispositions transitoires

138. Nécessité des périodes transitoires. Alors que bon nombre de pays ne reconnaissent pas l'effet direct de l'Accord sur les ADPIC et réclament l'adoption d'une loi nouvelle pour conformer leur législation aux obligations internationales, un délai de transposition s'est révélé indispensable et a été négocié jusqu'aux derniers moments du Cycle de l'Uruguay. L'introduction de critères économiques et la sujétion de la transposition au développement économique des Etats a d'ailleurs permis à ces questions de rester actuelles, malgré leur caractère « transitoire ». Les négociations internationales ont alors tranché la question de la manière suivante :

139. Les pays développés. Le paragraphe 1 de l'article 65 énonce que « *Sous réserve des dispositions des paragraphes 2, 3 et 4, aucun Membre n'aura l'obligation d'appliquer les dispositions du présent accord avant l'expiration d'une période générale d'un an après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC* », le 1^{er} janvier 1995.

140. Les pays en voie de développement. Le paragraphe 2 de l'article 65 énonce qu'ils ont « *le droit de différer pendant une nouvelle période de quatre ans la date d'application, telle qu'elle est définie au paragraphe 1, des dispositions du présent accord* ». La question s'était alors posée de savoir comment déterminer les pays susceptibles d'intégrer la catégorie des

pays en voie de développement. Une première idée basée sur un système de déclaration ou de réserve a été soulevée mais est aujourd'hui purement théorique. Comme le droit de l'OMC ne définit pas les pays en voie de développement en fonction de critères officiels – solution alors adoptée par les Nations-Unies – les membres de l'organisation ont eux-mêmes décidés³⁰¹ de leur appartenance au groupe des pays développés ou en voie de développement. Cependant, si nous comprenons les arguments d'Eric SMITH³⁰², selon lesquels, s'agissant d'une question politique, les critères habituels (dont celui du revenu *per capita*) n'étaient pas adaptés pour déterminer les catégories de pays dans le cadre de la propriété intellectuelle, il est dommageable de constater aujourd'hui que certains pays comme le Brésil sont entrés dans la catégorie des pays en voie de développement pour bénéficier du traitement différencié alors même que leur économie surpasse celle de pays européens.

Des exceptions ont cependant dû être prises en compte :

- Les articles 3, 4 et 5 de l'Accord sur les ADPIC concernant le traitement national et la clause de la nation la plus favorisée – principe commun à tous les accords de l'OMC – sont entrés en vigueur pour les pays-membres le 1^{er} janvier 1996.
- L'article 66.5 dispose que toutes les lois visant à protéger les droits de propriété intellectuelle promulguées avant la fin d'une période transitoire ne peuvent être abrogées au profit d'un régime moins protecteur.
- Enfin, l'article 66.4 prévoit une période transitoire additionnelle pour les produits pharmaceutiques, sous réserve du respect des articles 70.8 et 70.9, selon lesquels les pays doivent mettre en œuvre un système de « boîte-aux-lettres » et de droits exclusifs de commercialisation dans l'attente de l'adoption du régime de protection prévu par l'Accord.

141. Les anciennes républiques populaires d'Europe de l'Est et certains pays asiatiques.

Le paragraphe 3 de l'article 65 énonce que « *Tout autre Membre dont le régime d'économie planifiée est en voie de transformation en une économie de marché axée sur la libre entreprise, et qui entreprend une réforme structurelle de son système de propriété*

³⁰¹ http://www.wto.org/french/tratop_f/devel_f/d1who_f.htm (consulté le 1er juillet 2016).

³⁰² E.-H. SMITH, « Worldwide copyright protection under TRIP agreement », 29 Vanderbilt Journal of Transnational Law 559, 1996, pp. 575-576.

intellectuelle et se heurte à des problèmes spéciaux dans l'élaboration et la mise en œuvre de lois et réglementations en matière de propriété intellectuelle, pourra aussi bénéficier d'un délai comme il est prévu au paragraphe 2 », soit jusqu'au 1^{er} janvier 2000. Trois conditions cumulatives étaient alors vérifiées par le Conseil des ADPIC, et plus généralement le Conseil de l'OMC – des dispositions particulières pour ces pays se retrouvant dans un grand nombre d'accord de l'OMC : le pays devait initialement avoir une économie planifiée, il devait entreprendre une réforme structurelle et enfin rencontrer des difficultés particulières dans l'élaboration de sa loi. Il est bien entendu que peu de pays ont pu bénéficier de cette période transitoire. Nombre d'entre eux ont adhéré à l'OMC bien après les réformes structurelles nécessaires pour le passage d'une économie planifiée à une économie de marché³⁰³. Nous pouvons alors prendre l'exemple de la République Tchèque et de la Slovaquie, qui utilisèrent ce délai pour des raisons structurelles liées à la dissolution de la Tchécoslovaquie.

142. Les pays les moins avancés. Enfin, l'article 66 prévoit qu' *« Etant donné les besoins et impératifs spéciaux des pays les moins avancés Membres, leurs contraintes économiques, financières et administratives et le fait qu'ils ont besoin de flexibilité pour se doter d'une base technologique viable, ces Membres ne seront pas tenus d'appliquer les dispositions du présent accord, à l'exclusion de celles des articles 3, 4 et 5, pendant une période de 10 ans à compter de la date d'application telle qu'elle est définie au paragraphe 1 de l'article 65 »*. Cette disposition transitoire est aujourd'hui la seule à être encore en vigueur, le délai ayant été prorogé à deux reprises.

Le Conseil des ADPIC, dans une décision du 6 novembre 2015, a prorogé la période transitoire jusqu'en 2033 ou jusqu'à la date à laquelle ces pays cesseront d'appartenir cette catégorie. En effet, contrairement aux pays en développement, l'OMC prend en considération la liste mise à jour par l'Assemblée générale des Nations-Unis des pays les moins avancés pour déterminer ceux qui bénéficieront de ce traitement différencié. A la conférence ministérielle de 2011, les ministres ont invité le Conseil des ADPIC à étudier l'éventualité d'une nouvelle prorogation³⁰⁴. La Délégation de Haïti a proposé le 5 novembre 2012 de ne

³⁰³ Ainsi, la Chine a abandonné la planification économique en 1978 et a adhéré à l'OMC en 2001. De même, la Russie a adopté une économie de marché en 1991 et a adhéré à l'OMC en 2011.

³⁰⁴ OMC, « Périodes de transition en faveur des pays les moins avancés au titre de l'article 66.1 de l'Accord sur les ADPIC », WT/L/845, 19 décembre 2011.

plus établir de date-butoir mais une exception en fonction du développement économique et des modifications de la liste des pays les moins avancés. En effet, « *étant donné qu'il est impossible de déterminer quand chacun des PMA sera capable de surmonter les contraintes qui l'empêchent de se doter d'une base technologique viable, la période de transition devrait se poursuivre aussi longtemps que les Membres seront considérés comme faisant partie des pays les moins avancés à l'OMC* »³⁰⁵. Cette solution peut être alors perçue comme un pis-aller : d'un point de vue politique, il est difficile de refuser une nouvelle prorogation sans créer un important mouvement contestataire au sein de l'organisation, or l'acceptation d'une troisième période transitoire aura pour effet de décrédibiliser l'Accord sur les ADPIC aux yeux de l'opinion publique.

Concernant le cas particulier des produits pharmaceutiques, le Conseil des ADPIC s'est fondé sur la Déclaration de Doha sur la santé publique afin de décider, le 27 juin 2002, de proroger le délai prévu à l'article 66.4 de l'Accord sur les ADPIC jusqu'en 2033. De même, une décision du 8 juillet 2002 les dispense actuellement des obligations prévues aux articles 70.8 et 70.9 sur les droits exclusifs de commercialisation jusqu'à la même date. Ces prorogations devraient alors disparaître pour laisser place à l'exception des pays les moins avancés que nous venons d'étudier.

B – Les éléments de flexibilité

143. Nécessité d'une flexibilité. Comme nous l'avons étudié en introduction³⁰⁶, l'harmonisation internationale du droit des brevets nécessite l'existence d'une marge de manœuvre nationale qui se traduit par la mise en place d'éléments de flexibilité. Ces derniers se définissent comme l'ensemble des droits, mesures de sauvegarde et option à destination des Etats-membres de l'OMC afin de transcrire un traité dans l'ordre interne.

La flexibilité peut prendre plusieurs aspects : Selon l'économiste Michel TROMMETTER, la flexibilité peut s'identifier aussi bien dans la volonté de « *prendre en compte le fait que la propriété intellectuelle doit pouvoir évoluer selon les modifications dans les contraintes et les avancées techniques* [que dans celle de] *pouvoir imiter une innovation dans les pays où un*

³⁰⁵ OMC, « demande de prorogation de la période de transition en faveur des pays les moins avancés au titre de l'article 66.1 de l'Accord sur les ADPIC », IP/C/W/583, 5 novembre 2012.

³⁰⁶ Cf. n°29 et s.

brevet n'est pas revendiqué »³⁰⁷. Nous nous contenterons cependant d'étudier les éléments de flexibilité purement juridiques, c'est-à-dire touchant à la rédaction du traité. Ainsi, si nous mettons de côté l'absence de niveau maximum de protection³⁰⁸, nous mettons en avant six catégories d'éléments qui permettent de jouer avec les normes minimales de protection :

144. Les réserves. En premier lieu, les réserves sont définies à l'article 2d de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 de la manière suivante : « *L'expression « réserve » s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un Etat quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet Etat* ». Cependant, si la faculté qu'ont les Etats de ne pas mettre en œuvre les dispositions d'un traité par simple déclaration est certainement l'un des plus importants éléments de flexibilité inhérents à un traité, nous devons prendre en compte la limite imposée par l'article 72 de l'Accord sur les ADPIC qui interdit à un Etat-membre d'émettre de telles réserves sans le consentement unanime des autres Etats-membres. Aucune réserve n'ayant été enregistrée³⁰⁹ pour l'Accord sur les ADPIC, nous pouvons citer en exemple le PCT dont le seul article 64 fit l'objet de réserves par plus de 35 pays³¹⁰.

145. L'économie de l'imprécision. Ensuite, le positivisme juridique est à la base d'un modèle de formalisation du droit par décomposition de la règle entre ses conditions et ses effets, qui demandent alors à être définis avec précision. Pourtant, cela est sans rappeler la doctrine favorable à l'utilisation de termes flous, qui permettent une plus grande latitude dans

³⁰⁷ M. TROMMETTER, « L'Accord sur les ADPIC, dix ans après : du multilatéralisme au bilatéralisme. Réflexions d'un économiste », in B. REMICHE et J. KORS, « L'accord sur les ADPIC, dix ans après », Larcier, 2007, p. 91.

³⁰⁸ Rappelons le préambule de l'Accord sur les ADPIC commence de la manière suivante : « *Les Membres donneront effet aux dispositions du présent accord. Les Membres pourront, sans que cela soit une obligation, mettre en oeuvre dans leur législation une protection plus large que ne le prescrit le présent accord, à condition que cette protection ne contrevienne pas aux dispositions dudit accord* ».

³⁰⁹ Rappelons que le Conseil des ADPIC et les autres organes de l'OMC peuvent adopter des dérogations ou conclure des ententes sur l'application de l'Accord. Nous pouvons citer en exemple l'entente visant à ne pas déposer de plainte en situation de non-violation.

³¹⁰ Ces pays sont : Afrique du Sud, Algérie, Arménie, Bahreïn, Biélorussie, Chili, Cuba, Etats-Unis, France, Finlande, Géorgie, Hongrie, Inde, Indonésie, Kazakhstan, Kirghizistan, Laos, Malaisie, Malte, Mozambique, Norvège, Oman, Pologne, Qatar, République de Moldova, Roumanie, Sainte-Lucie, Saint-Vincent, Suède, Tadjikistan, Thaïlande, Tunisie, Turkménistan et Ukraine.

la mise en œuvre de la règle afin de l'adapter au mieux aux événements sociaux dans un contexte géographique et temporelle déterminée. Reprenant les travaux de Céline CASTETS-RENNARD³¹¹, nous distinguons trois types d'imprécision :

- Les notions-cadres sont des concepts dont la définition implique obligatoirement une comparaison avec la réalité et les valeurs admises par une société géographiquement et temporellement délimitée. Elles offrent ainsi un standard juridique dont la mise en œuvre dépend uniquement du pouvoir souverain d'appréciation des Etats gouvernant les sociétés précitées. L'exemple est celui de l'article 27.2 de l'Accord sur les ADPIC. L'ordre public et la moralité sont des notions-cadre dont le contenu même ne peut être défini précisément par le droit : ces termes expriment une préoccupation concernant d'une part les exigences fondamentales considérées comme essentielles au bon fonctionnement d'une société et d'autre part les comportements sociaux « *acceptés et profondément ancrés dans une culture donnée* »³¹². Au regard de la Convention de Munich qui reprend cette exception de brevetabilité, la culture en question est évidemment la celle de la civilisation européenne qui, par bien des aspects que nous étudierons ultérieurement, se distinguent des civilisations américaines, africaines, islamiques et asiatiques...

- Les lacunes *intra-legem*³¹³ se distinguent des notions cadres car leur flexibilité ne dépend pas de facteurs sociétales mais de la volonté des rédacteurs des traités d'utiliser l'imprécision à des fins d'adaptation du droit aux différentes politiques nationales en vigueur au moment de la ratification des traités. Ainsi, nous constatons l'absence de définition de l'invention alors même que cette dernière ne dépend pas de l'évolution de la société et que plusieurs critères de définition peuvent être établis³¹⁴. L'intérêt de ne pas définir cette notion est alors double : d'une part, chaque Etat disposait lors de la rédaction de l'Accord sur les ADPIC d'une définition particulière de l'invention, basée sur un processus intellectuel positif ou négatif, d'autre part, l'évolution des sciences et techniques rend facilement obsolète une définition figée. Nous en avons déjà

³¹¹ C. CASTETS-RENNARD, « Notions à contenu variable et droit d'auteur », L'Harmattan, 2004, p.12.

³¹² http://www.epo.org/patents/appeals/case-law_fr.html (consulté le 1er juillet 2016).

³¹³ J. BENTHAM, « Traité de législation civile et pénale », tome III, Bessange Masson et Besson, 1820, p.391 : « *les défauts de style peuvent [...] se rapporter à quatre chefs : proposition initelligible, proposition équivoque, proposition trop étendue ou proposition trop restreinte* ».

³¹⁴ P.-E. LENOIR, « Les éléments de flexibilité de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC », CPC-ILW, janvier 2013, p. 33.

l'exemple de la définition très technique apportée par l'Office européen des brevets qui conserve une vision mécanique et matérielle de l'invention alors même que la révolution industrielle a fait place aujourd'hui à ce que les économistes appellent la troisième révolution, celle des communications et de l'information, purement immatérielle³¹⁵.

- Enfin, rappelons que la résolution 2131 de l'Assemblée générale des Nations-Unies du 21 décembre 1965 portant déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté dispose que « *tout Etat a le droit inaliénable de choisir son système politique, économique, social et culturel sans aucune forme d'ingérence de la part de n'importe quel autre entité* ». A ce titre, Aucune disposition relative au régime politique et institutionnel des Etats ne peut être précisée sous peine d'être considérée comme une forme d'ingérence trop agressive. Cela peut expliquer le caractère réservé de la Partie III de l'Accord sur les ADPIC concernant les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle : si les articles 41 et suivants prévoient l'obligation pour les Etats d'établir les moyens nécessaires à la sanction de toute atteinte aux droits exclusifs mentionnés dans le traité, leur formulation est telle que chaque Etat reste libre d'établir les procédures civiles et pénales qu'il souhaite en fonction de son organisation judiciaire. L'article 41.5 développera d'ailleurs ce raisonnement en disposant que « *la présente partie ne crée aucune obligation de mettre en place, pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, un système judiciaire distinct de celui qui vise à faire respecter la loi en général, ni n'affecte la capacité des Membres de faire respecter leur législation en général* » et que, de même, « *aucune disposition de la présente partie ne crée d'obligation en ce qui concerne la répartition des ressources entre les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et les moyens de faire respecter la loi en général* ».

146. Les options. Premier type d'élément expressément mentionné dans l'Accord sur les ADPIC, les options représentent les choix mis à la portée des Etats-membres afin de

³¹⁵ P.-E. LENOIR, « Comparaison du système de protection des logiciels et méthodes commerciales par le brevet en Europe et aux Etats-Unis : retour sur l'affaire Bilski v/s Kappos », RLDI, décembre 2011, p. 21.

conserver une cohérence dans la mise en œuvre du traité face l'inter-connexité des critères de brevetabilité établis³¹⁶. La plupart d'entre elles découlent de l'impossibilité qu'ont soulevé les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC d'unifier les deux grands systèmes de protection qui ont été exportés à travers le monde. Ce traité privilégie largement le système européen de protection, reprenant quasiment à la lettre certaines dispositions de la Convention de Munich, sans pour autant oublier de mentionner le système américain dans des notes de bas de pages. Ainsi, l'article 27.1 prévoyant les conditions européennes de brevetabilité est-il grevé d'une note 5 énonçant que : « *Aux fins de cet article, les expressions "activité inventive" et "susceptible d'application industrielle" pourront être considérées par un Membre comme synonymes, respectivement, des termes "non évidente" et "utile"* ». Cette dichotomie se retrouvera d'ailleurs dans l'esprit de tout le droit international des brevets dans le but de conserver la cohérence des deux systèmes de protection.

D'autres options concerneront des domaines particuliers comme la brevetabilité des variétés végétales – option prévue à l'article 27.3 : « *toutefois, les Membres prévoiront une protection des variétés végétales par des brevets, par un système sui generis, ou par une combinaison des deux* » - qui découlent des interférences entre le brevet et d'autres types de protection prévue par des traités internationaux de type UPOV.

147. Les dispositions facultatives. L'existence des dispositions facultatives a pour but de pallier l'interdiction des réserves en permettant aux Etats de ne pas mettre en œuvre certaines dispositions contraires à leurs politiques nationales. Sur les huit articles composant la section 5 de l'Accord sur les ADPIC, quatre sont rédigés de manière à laisser à l'appréciation souveraine des Etats leur possible mise en œuvre. Parmi eux, l'article 27.3 prévoit que « *les Membres pourront exclure de la brevetabilité : les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes et des animaux ; les végétaux et animaux...* ». Comme le relève Andreas HEINEMANN³¹⁷, les Etats-Unis ont finalement levé leur veto sur

³¹⁶ Par exemple, nous pouvons mettre en évidence deux options : celle concernant les conditions de brevetabilité, et celle concernant l'exclusion de la brevetabilité des logiciels. Etant donné la subordination de la brevetabilité des logiciels à la condition d'utilité, l'Etat ayant choisi cette dernière opéra indubitablement en faveur des brevets de logiciels. A l'inverse, l'Etat ayant choisi la condition d'application industrielle opéra indubitablement pour l'exclusion de brevetabilité.

³¹⁷ A. HEINEMANN, « Trade-related aspects of intellectual property rights : report on the 9th Ringberg Symposium from July 6 to 8, 1995, in From GATT to TRIPS – The agreement on Trade-Related Aspects of intellectual property rights », Max Planck Institute, 1996, p. 416.

ce texte pour deux raisons : d'une part cette disposition prévoit que l'exclusion de la brevetabilité est facultative, d'autre part, elle a servi de monnaie d'échange contre la position du Canada sur la question des licences obligatoires, d'une importance décisive pour l'établissement de l'ALENA. Dans une étude plus globale de l'Accord sur les ADPIC, nous constatons alors que cet élément de flexibilité concerne avant tout les exclusions à la brevetabilité et exceptions au droit exclusif. A la différence des autres éléments, il ne s'adresse pas aux pays émergents afin de faciliter leur intégration au sein de l'économie mondiale mais aux pays développés qui souhaitent conserver une protection accrue, et par la suite exporter ces règles par voie bilatérale.

148. Les exceptions. Enfin, les exceptions sont expressément prévues à l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC : « *Les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers* ». Comme l'article 9.2 de la Convention de Berne concernant la propriété littéraire et artistique, cette disposition instaure un triple critère de validité que le Groupe spécial a pu interpréter dans le rapport « Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques »³¹⁸. Ainsi, concernant le caractère « limité » de l'exception, a-t-il considéré qu'il devait « *être mesuré en déterminant jusqu'à quel point les droits exclusifs du titulaire du brevet ont été réduits* »³¹⁹. Concernant l'exploitation normale du brevet, a-t-il estimé qu'il s'agissait de « *l'activité commerciale dans le cadre de laquelle les titulaires de brevets utilisent leurs droits de brevet exclusifs pour extraire la valeur économique de leurs brevets* » et que « *le terme "normale" définit le type d'activité commerciale que l'article 30 vise à protéger* »³²⁰. Enfin, en ce qui concerne le troisième critère, a-t-il pu conclure que l'expression « intérêt légitime » devait « *être définie de la façon dont elle est souvent utilisée dans le discours juridique - comme une allégation normative prévoyant la protection d'intérêts qui sont "justifiables" en ce sens qu'ils*

³¹⁸ OMC, « Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques », WT/DS114/R, 17 mars 2000.

³¹⁹ Idem §7.31.

³²⁰ Idem §7.54.

sont étayés par des politiques générales publiques pertinentes ou d'autres normes sociales »³²¹.

Bien que l'article ne mentionne pas les exceptions en question, laissant le soin aux Etats de les déterminer, nous pouvons toujours en distinguer deux types. Les premières sont « *des dispositions qui excluent ou permettent d'exclure, certaines utilisations des actes pouvant donner lieu à des procédures pour atteinte au brevet [qui] figurent dans les législations nationales et traités internationaux* »³²². Le raisonnement à la base de cette exception veut que l'intérêt public soit privilégié par rapport aux droits exclusifs conférés au titulaire du brevet. L'exception en faveur de la recherche en est l'exemple parfait au point que le Groupe spécial a déclaré qu'il s'agissait de l' « *une des exceptions relevant de l'article 30 les plus largement utilisées dans les législations nationales relatives aux brevets* »³²³.

Les secondes concernent les « *situations dans lesquelles les titulaires de brevets ne peuvent empêcher les tiers d'utiliser l'invention brevetée mais ont un droit à une rémunération pour cette situation* »³²⁴. Ces dispositions diffèrent des autres exceptions dans la mesure où le droit de rémunération joue un rôle important dans l'équilibre entre les intérêts du titulaire du droit et d'autres intérêts plus généraux. C'est le cas principalement des licences obligatoires qui visent à prévenir les abus liés au caractère exclusif du brevet et garantir la résolution immédiate des situations d'urgence liées à la sécurité nationale ou la santé publique.

Eléments de flexibilité	Articles
Réserves	Aucune
Economie de l'imprécision	Article 27 : « un brevet pourra être obtenu <u>pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques.</u> » « Les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher <u>l'exploitation commerciale</u> sur leur territoire pour protéger <u>l'ordre public ou la moralité.</u> »

³²¹ Idem §7.69.

³²² OMPI, « Exclusions de la brevetabilité et exceptions et limitations relatives aux droits », SPC/13/3, 4 février 2009, §74.

³²³ OMC, « Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques », op. cit., §7.69.

³²⁴ OMPI, « Exclusions de la brevetabilité et exceptions et limitations relatives aux droits », op. cit., §75.

	Article 30 : « Les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte <u>de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers.</u> » Article 31 : « l'autorisation de cette utilisation sera examinée sur la base <u>des circonstances qui lui sont propres.</u> » « une telle utilisation pourra n'être permise que si, avant cette utilisation, le candidat utilisateur s'est efforcé d'obtenir l'autorisation du détenteur du droit, <u>suivant des conditions et modalités commerciales raisonnables, et que si ses efforts n'ont pas abouti dans un délai raisonnable.</u> » « Dans des situations d'urgence nationale ou d'autres <u>circonstances d'extrême urgence,</u> le détenteur du droit en sera néanmoins avisé <u>aussitôt qu'il sera raisonnablement possible.</u> » « En cas d'utilisation publique à des fins non commerciales, lorsque les pouvoirs publics ou l'entreprise contractante, sans faire de recherche de brevet, savent ou ont <u>des raisons démontrables de savoir</u> qu'un brevet valide est ou sera utilisé par les pouvoirs publics ou pour leur compte, le détenteur du droit en sera avisé <u>dans les moindres délais.</u> »
Options	Article 27 : « Aux fins de cet article, les expressions "activité inventive" et "susceptible d'application industrielle" pourront être considérées par un Membre <u>comme synonymes,</u> respectivement, des termes "non évidente" et "utile". » « Toutefois, les Membres prévoiront la protection des variétés végétales par des brevets, par un système <i>sui generis</i> efficace, <u>ou</u> par une combinaison de ces deux moyens. »
Dispositions facultatives	Article 27 : « Les Membres <u>pourront</u> exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire. » « Les Membres <u>pourront</u> aussi exclure de la brevetabilité » Article 29 : « Les Membres <u>pourront</u> exiger du déposant d'une demande de brevet qu'il fournisse des renseignements sur les demandes correspondantes qu'il aura déposées et les brevets correspondants qui lui auront été délivrés à l'étranger » Article 30 : « Les Membres <u>pourront</u> prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet » Article 31 : « <u>Les Membres ne sont pas tenus</u> d'appliquer les conditions énoncées aux alinéas b) et f) dans les cas où une

	telle utilisation est permise pour remédier à une pratique jugée anticoncurrentielle » Article 34 : « <u>Tout Membre sera libre de disposer</u> que la charge de la preuve indiquée au paragraphe 1 incombera au prétendu contrevenant uniquement si la condition visée à l'alinéa a) est remplie ou uniquement si la condition visée à l'alinéa b) est remplie »
exceptions	Article 27 : « Les Membres pourront <u>exclure</u> de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité » « Les Membres pourront aussi <u>exclure</u> de la brevetabilité » Article 30 : « <u>Les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet</u>, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers. » Article 31 : « une telle utilisation sera incessible, <u>sauf</u> avec la partie de l'entreprise ou du fonds de commerce qui en a la jouissance. » « L'utilisation autorisée en rapport avec le premier brevet sera incessible <u>sauf</u> si le second brevet est également cédé. »

**TABLEAU N°5 : EXEMPLES DES ELEMENTS DE FLEXIBILITE PRESENTS
DANS LA SECTION 5 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC**

CONCLUSION DU TITRE 1

149. La complémentarité des voies d'harmonisation. Nous avons présenté au sein de ce titre les différentes voies d'harmonisation internationale du droit des brevets qui ont été utilisées au cours du XXe siècle. Par la volonté des pays développés d'exporter leur droit par le biais du commerce international, l'harmonisation du droit des brevets est empreinte des voies d'internationalisation du commerce et d'ouverture internationale des marchés intérieurs. Cela a en effet eu pour conséquence d'apporter aux pays développés les arguments nécessaires pour convaincre la majorité des pays émergents de rehausser les niveaux de protection afin d'obtenir les bénéfices entraînés par les accords bilatéraux, puis par l'adhésion à l'OMC.

La première étape essentielle de ce mouvement d'harmonisation a été la création d'un régime des brevets au sein d'un ordre interétatique, grâce à une exportation massive des droits européens, soviétiques et américains à travers le monde. Chacune des formes de domination que nous avons étudiées montrent une méthode similaire d'exportation du droit, s'accompagnant d'investissements sur le territoire des pays dominés. Par contre, les investissements politiques issus des dominations coloniale et soviétique se transforment en investissements économiques en ce qui concerne les dominations postcoloniale et bilatérale. Ce passage du domaine politique au domaine économique résulte alors de l'association systématique faite entre le droit des brevets et le commerce international, comme le démontre par exemple le fait que les normes de propriété intellectuelle soit promue au sein des accords commerciaux et des accords de libre-échange. Cette association a en effet permis au régime international des brevets de se développer parallèlement au libre-échange. Cependant, elle rend également ce régime vulnérable aux critiques énoncées à l'encontre du libre-échange alors que les crises financières des années 2000 ont conduit au renouveau des mouvements protectionnistes.

La seconde étape a été l'intégration du régime interétatique au sein d'un ordre international institutionnalisé, par le biais :

D'une part, du marché diplomatique mis en place lors de la rédaction de l'Accord sur les ADPIC. Cet Accord a bénéficié d'un travail de dissuasion en amont, et a permis l'avènement de l'hégémonie des pays développés dans le régime international des brevets, dès lors que ce dernier s'appuie sur des fondements juridiques de type occidental, négociés sous la pression coercitive des politiques d'internationalisation du commerce mises en place au cours du XXe siècle.

D'autre part, du marché politique qui a permis l'importation du régime international des brevets au sein des ordres internes des Etats-membres de l'OMC selon les règles propres au mouvement d'harmonisation.

Cette étape a alors été marquée par la concurrence existante entre les différents acteurs de l'harmonisation du droit des brevets. La rupture entre les pays développés et pays émergents n'est pas significative étant donné la faible coalition des pays émergents au moment de la rédaction de l'Accord sur les ADPIC, face à l'importance du *private lobby* des industries européennes et américaines. Nous nous tournons alors, à ce stade de notre étude, à la concurrence existante entre les pays développés, chacun ayant exporté au niveau international les spécificités de son ordre national. Cette concurrence tend cependant à disparaître, comme le démontre l'étude matérielle du droit des brevets.

TITRE 2 : Le contenu du droit international des brevets.

150. Le droit international des brevets. Les différents modes de domination que nous avons mis en évidence au sein du titre premier ont permis la création d'un droit international des brevets prenant la forme d'un socle commun que les Etats ont l'obligation de transposer au sein de leur ordre interne. Le présent titre a pour objet d'opérer un état des lieux, d'une part en identifiant les règles communes à tous les Etats, et d'autre part en comparant les différentes possibilités selon lesquelles ces règles ont été transposées dans les ordres internes, en fonction de la marge de manœuvre que se sont accordés les Etats-membres de l'OMC. En effet, au-delà de la mise en exergue des avantages et inconvénients de chaque législation nationale, il est indispensable de comprendre les ressemblances et différences existant entre ces législations. D'une part cela nous permet de retrouver quelles sont les circonstances économiques, politiques et sociales qui ont dicté ces ressemblances et différences. D'autre part, c'est un moyen plus complet de comprendre des normes internationales par le biais des interprétations nationales qui en sont faites.

Une première lecture rapide des législations nationales nous montre que la concurrence en matière d'exportation du droit se joue principalement entre les Etats-Unis et les pays européens.

L'Europe ayant profité d'une domination juridique considérable sur le reste du monde, la législation européenne a considérablement influencé la rédaction des traités concernant le droit des brevets. La comparaison entre les traités internationaux et les législations des trois plus grands pôles d'inventivité (Amérique du Nord, Japon, Europe) nous montre que non seulement les traités ont été influencés par le droit européen, mais aussi que cette influence a été la meilleure solution pour favoriser le processus d'harmonisation.

Le cas des Etats-Unis est moins clair. Du point de vue de la domination juridique, cet Etat s'est présenté comme un pays dominé, sous influence de l'exportation du droit anglo-saxon, au même titre que le Canada ou l'Australie, puis comme un pays dominant, imposant une rédaction alternative des traités internationaux. Par contre, il profite d'une domination économique sur le reste du monde qui influence non pas la rédaction des traités, mais leur

application : la manifestation de cette forme de domination se révèle au regard de l'utilisation des marges de manœuvre nationales par les Etats dominés.

A ce jeu de concurrence s'ajoutent les préoccupations des pays émergents qui redoutent qu'une harmonisation plus poussée du droit des brevets, notamment au cours de la négociation du projet SPLT, ne réduise la latitude offerte par les politiques nationales et reconnue par les traités internationaux en vigueur. Parmi les préoccupations formulées, « *ont été citées notamment, à cet égard, la diversité des incidences du processus d'harmonisation du droit des brevets, les conséquences de ce dernier pour les objectifs de politique générale des pays en développement et l'importance de questions telles que les suivantes : sauvegarde de l'intérêt public ; transfert de technologie ; limitation des pratiques anticoncurrentielles ; divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevets* »³²⁵.

151. Des règles matérielles. Le droit processuel des brevets ayant été en partie érigé avant même l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC, ce dernier s'intéresse davantage au droit matériel dont l'harmonisation fait toujours débat au sein des fora internationaux. Ainsi, nous concentrerons notre état des lieux du droit international des brevets sur les conditions matérielles de délivrance du brevet (chapitre premier) et sur l'étendue du droit d'exploitation (chapitre 2).

³²⁵ http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2006/03/article_0007.html (consulté le 1er juillet 2016).

Chapitre premier

La brevetabilité de l'invention

152. Besoin d'harmonisation. Parce qu'elle est à l'origine du monopole d'exploitation et de toutes les incidences économiques qui en découlent, la brevetabilité de l'invention doit garantir la balance des intérêts de tous les acteurs concernés. Ce point d'équilibre varie en fonction de divers facteurs politiques, économiques ou sociaux, comme le niveau de développement économique, l'exercice d'une politique de protectionnisme, ou la place de l'ordre public et de la moralité au sein d'une société, qui diffèrent très largement d'un pays à l'autre. Ainsi, pendant longtemps la tendance a été pour les pays émergents d'exclure de la brevetabilité les médicaments et les produits chimiques³²⁶ afin de stimuler la production nationale et permettre un accès à bas coût aux produits pharmaceutiques. L'exemple le plus significatif reste celui de l'Inde qui, nous le verrons, a abandonné le plus tard possible cette exception suite à la ratification de l'Accord sur les ADPIC, afin de permettre le développement de son industrie pharmaceutique.

Le nombre et l'importance de ces facteurs s'accommodent difficilement avec l'idée d'harmonisation internationale du droit des brevets, ce qui explique en partie le blocage des négociations du projet SPLT. A l'heure actuelle, seul l'Accord sur les ADPIC traite de ce sujet et prévoit un certain degré d'harmonisation des conditions de brevetabilité.

153. Invention et brevetabilité. La brevetabilité de l'invention se définit, de manière tautologique, comme l'aptitude de l'invention à être brevetée. Selon Carine BERNAULT et Jean-Pierre CLAVIER, « *cette notion suggère une discrimination parmi toute les réalisations produites par l'intelligence humaine. En effet, des raisons philosophiques, économiques ou sociales imposent que certaines d'entre elles ne puissent pas être appropriées* »³²⁷. Autrement dit, tout ce qui est brevetable est une invention. Cependant toutes les inventions ne

³²⁶ Par exemple le décret ghanéen de 1972 prévoyait l'application des brevets britanniques sur son territoire, à l'exception des brevets de médicaments.

³²⁷ C. BERNAULT et J.-P. CLAVIER, « Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle », op. cit., p. 47.

sont pas brevetables. L'invention, englobant une réalité plus large que la brevetabilité, doit donc être étudiée à part. Cependant, la délimitation de ces deux notions est difficile tant la doctrine, voire les législations, tendent à les confondre. A la seule lecture de la loi américaine, les conditions de brevetabilité semblent faire partie intégrante de la définition de l'invention. A l'opposé, certains auteurs considèrent l'invention comme une condition de brevetabilité à part entière. La question de l'utilité est, nous le verrons, elle-même délicate. Afin de reprendre la logique de l'Accord sur les ADPIC qui détermine les conditions de brevetabilité applicables à toute invention, nous avons fait le choix d'étudier d'une part la définition de l'invention (section 1), et d'autre part les conditions de brevetabilité (section 2).

Section 1 – La définition de l'invention

154. L'économie de l'imprécision. Le premier paradoxe constaté dans la rédaction des traités internationaux, dont le but est – rappelons-le – d'harmoniser le droit des brevets, est qu'ils ne donnent aucun élément concret de définition de l'objet même du brevet, soit l'invention. Cette lacune, qui n'a pas empêché le droit des brevets de se doter de bases aujourd'hui incontestablement établies, pose alors la question de l'utilité d'une telle définition. D'après la théorie de l'imprécision³²⁸ décrite par Ejan MACKAAY, il n'est pas toujours nécessaire de définir une notion afin de l'appliquer. Plus que cela, il est parfois nécessaire de ne pas la définir pour permettre son application. L'invention ferait alors partie de ces notions que nous pouvons parfaitement conceptualiser sans pour autant établir des critères de délimitation parfaitement adaptés au progrès technique et à l'évolution des sciences. Ne vaut-il pas mieux garder le silence sur ce point, et laisser les textes sur les conditions de la brevetabilité encadrer l'ensemble du droit matériel des brevets ? L'idée est séduisante, sans forcément nous satisfaire.

En effet, l'imprécision n'a d'intérêt que dans la constance des notions non définies : c'est parce qu'elles n'évoluent pas qu'elles n'ont pas besoin de définition³²⁹. Or, le droit des

³²⁸ E. MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, 1979, vol. 12, p. 33.

³²⁹ Par exemple, dans quelques pays que ce soit, la doctrine a toujours connu des difficultés à définir la notion de bien, objet de la propriété sous toutes ses formes, dont la propriété intellectuelle. Cependant, malgré l'apparition de nouvelles catégories, notamment avec la distinction entre le bien corporel et le bien incorporel, la conception de cette notion est toujours restée la même dans l'esprit commun, ce qui a permis de développer le droit de propriété sans définition précise.

brevets, dont l'essence même se base sur la nouveauté, doit sans cesse être adapté au progrès de la technique et à l'évolution des sciences. Une absence de définition serait donc acceptable si nous ne prenions en compte que ce que nous connaissons déjà, c'est-à-dire ce qui a été inventé. Or si nous voulons encadrer les inventions futures, il faut dès aujourd'hui instaurer les limites de leur définition. Tel a été le cas, par exemple, de la controverse sur la brevetabilité des logiciels, pour savoir, avant même d'étudier leur brevetabilité, s'ils répondaient à la définition de l'invention³³⁰.

155. Plan. La définition de l'invention dépend d'une étude syntaxique des législations. Si les législations européenne et japonaise privilégient une définition négative (II), les législations de type américain privilégient la définition positive (I).

I – La définition positive de l'invention³³¹

156. Les conditions de brevetabilité. Les contours de la définition de l'invention ne peuvent se restreindre aux conditions de brevetabilité, même s'il existe un lien extrêmement fort entre les deux, au point de permettre une confusion, et d'inciter nombre d'auteurs³³² à considérer l'existence de l'invention comme une condition de brevetabilité. L'idée semble logique car ne sera pas considéré comme une invention brevetable ce qui n'est déjà une invention en tant que telle. Cependant nous restons convaincu du bien-fondé des propos de MATHELY lorsqu'il énonce : *« certains auteurs professent que l'existence d'une invention est la première condition de brevetabilité. C'est confondre l'objet et les conditions de la protection. L'invention n'est pas une condition de brevetabilité ; elle en est son objet. Et l'invention est brevetable, si elle présente certains caractères : ce sont ces caractères, déterminant l'invention brevetable, qui constituent les conditions de brevetabilité*³³³ ». En effet, il est

³³⁰ Sur la brevetabilité des logiciels, cf. n°179 et s.

³³¹ Nous retrouvons le format d'une définition positive notamment dans les législations des pays suivants : Australie (annexe 1), Argentine (article 4a), Canada (article 2), Chili (article 31), El Salvador (section 106), Etats-Unis (Section 101), Guatemala (article 1^{er}), Honduras (article 4-1), Japon (article 2.1), Mexique (article 15), Panama (article 11). Egalement la loi-type de l'OMPI pour les pays en développement dans sa version de 1979 (article 112-1).

³³² Nous trouvons cette solution particulièrement dans la doctrine française, belge voire allemande. Dans ce sens : J.-M. MOUSSERON, « Traité des brevets », Librairies techniques, 1984, p. 174 ; B. REMICHE et V. CASSIERS, « Droit des brevets d'invention et du savoir-faire », op. cit., p. 82.

³³³ P. MATHELY, « Le nouveau droit français des brevets d'invention », édition du JNA, 1991, p. 57.

important d'établir une distinction entre l'invention et l'invention brevetable, étant donné que, même si les conditions de brevetabilité permettent de mettre en avant certains critères utilisés pour définir l'invention, elles ne suffisent pas à établir des limites suffisantes.

157. Procédés, produits, machines et matières... L'erreur est d'ailleurs commise par les Etats-Unis, qui ont dégagé comme unique critère de définition que l'invention est une chose créée par l'homme. En effet, la section 101 du Chapitre 35 du Code fédéral des Etats Unis nous rappelle la définition américaine de l'invention : « *Quiconque invente ou découvre un processus, une machine, une fabrication ou une composition de la matière nouvelle et utile, ou toute amélioration nouvelle et utile de ceux-ci, peut obtenir un brevet, sous réserve des conditions et des exigences de ce titre* » (traduction). Mais si la catégorisation positive a le mérite de conceptualiser la notion d'invention, Nous tempérons sa portée pour deux raisons :

- Si la loi américaine prévoit une distinction entre la machine, le produit manufacturé, la composition de matière et le procédé, la Cour Suprême ne prend pas le soin de déterminer si l'invention vise une seule de ces catégories³³⁴. Ainsi, dans la décision *Diamond vs Chakrabarty* de 1980³³⁵, la Cour a indiqué qu'une bactérie entrerait aussi bien dans la catégorie des produits manufacturés que dans celle des compositions de matière. Cette classification peut alors être réduite dans la distinction entre le produit et le procédé, qui, en Europe, n'est pas utilisée pour apprécier la définition de l'invention mais la portée du droit d'exploitation.
- L'objection des autorités américaines contre le risque de priver *a priori* une invention de sa brevetabilité a conduit la Cour Suprême à une interprétation extrêmement souple de la loi, et à considérer qu'une invention est « *tout ce qui, dans ce monde, a été créé par l'homme* »³³⁶. Tout ce qui est créé par l'homme est brevetable dès lors que cela répond aux conditions de brevetabilité qui nous étudierons ultérieurement.

³³⁴ NESTLE-LE-MUR v/s EUGENE Ltd., [1932] 55 F.2d 854.

³³⁵ *Diamond vs Chakrabarty*, [1980] 447 US 303.

³³⁶ *Diamond vs Chakrabarty* (ibid) (traduction) ; *Diamond vs diehr*, [1981] 450 US 175. Dans ce sens : « *Les développements récents de la jurisprudence, en particulier de la Cour Suprême, montrent que n'importe quelle invention, dès lors qu'elle fait intervenir la main de l'homme, peut pratiquement faire l'objet d'un brevet, à quelques exceptions près* ». B. PHELIP, « Droit et pratique des brevets d'invention, France-Etranger-Brevets européens », Delmas, 1989, p. 401.

158. Une solution technique. Définir l'invention par ses différentes matérialisations physiques semble pourtant être un bon point de départ mais nécessite l'intervention d'autres critères. Le plus pertinent est celui de la technique. Ce critère a été dégagé et confirmé à maintes reprises par l'Office Européen des brevets, qui, inspiré par MOUSSERON³³⁷ et une partie de la doctrine allemande, définit l'invention selon le découpage dichotomique entre le problème technique³³⁸ et sa solution. Mais à défaut de précision de la part des autorités européennes sur la nature même de la technique, nous nous en remettons à la doctrine européenne qui a, avec plus ou moins de succès, tenté d'en établir la définition, et dont l'étude de quelques échantillons nous permettent d'identifier plusieurs acceptions, aucune n'étant erronée, mais toutes devant se compléter.

159. Le rapport à l'industrie. Nombre d'auteurs – qui dès le début ont confondu la définition de l'invention avec les conditions de brevetabilité – appréhendent le caractère technique comme la résultante de l'obligation d'une application industrielle, créant ainsi une synonymie entre la technique et l'industrie. Le rapprochement est en effet aisé, l'industrie pouvant se définir comme l'ensemble des activités humaines tournées vers la production d'un bien, et l'invention étant, tel a été dit ultérieurement, un produit ou un procédé ayant pour objet une production, bien que des règles techniques permettent de produire des objets ayant un but esthétique ou pratique, autre qu'industriel³³⁹, et que ni le succès technique, ni la réussite économique ne suffisent à caractériser la condition d'application industrielle.

Mais cette solution a surtout le défaut de restreindre la nature même de l'invention à l'utilisation que nous en faisons, car celle-ci garde sa nature, même si elle ne fait l'objet

³³⁷ J.-M. MOUSSERON, « Traité des brevets », op. cit.

³³⁸ OEB Chambre des recours techniques, 19 mars 1992, affaire IBM, T854/90, JO OEB 1993, p. 559 : « il convient d'interpréter le mot 'invention', tel qu'il est employé à l'article 52 CBE, comme recouvrant un élément revendiqué devant avoir un caractère technique et donc en principe susceptible d'application industrielle pour être brevetable » ; OEB division d'opposition, 8 décembre 1994, affaire HOWARD FLOREY INSTITUTE, T272/95, JO OEB 1995, p. 388 : « toute invention doit avoir un caractère technique ; elle doit apporter une solution technique à un problème technique, être applicable au plan industriel et pouvoir être reproduite sans effort excessif » ; OEB Chambre des recours techniques, 8 septembre 2000, T931/95, JO OEB 2001, p. 441 : « l'existence d'un caractère technique est une condition implicite de la CBE, à laquelle une invention doit satisfaire pour être une invention au sens de l'article 52 CBE ».

³³⁹ Ces objets garderont le mérite d'être nommé « invention », même si le brevet ne sera pas accordé pour défaut d'application industrielle. En ce sens, K. TROLLER, « précis du droit suisse des biens immatériels », Helbing Und Lichtenhahn, 2001, p. 46.

d'aucune exploitation. L'utilisation à laquelle est destinée l'invention doit donc être sans importance pour déterminer son appartenance au domaine de la technique.

160. Le rapport à l'ingénierie. Pourtant, le rapprochement du caractère technique aux conditions de brevetabilité est intéressant lorsque nous constatons une référence quasi-systématique au domaine du travail et de l'ingénierie. La condition de nouveauté fait référence à l'état de la technique³⁴⁰, celle d'activité inventive à l'homme du métier, et celle d'application industrielle, au travail de production. L'invention devient alors un progrès, un avantage face aux connaissances du professionnel. Cependant, nous ne pouvons nous restreindre à la simple manifestation du savoir-faire de celui qui aura fait preuve d'une prouesse technique, qui correspondrait plutôt à une notion allemande du début du XXe siècle : la « construction ». BONNET l'a définie comme « *une invention d'ordre inférieur, répondant sans doute à toutes les conditions essentielles d'une invention, mais à laquelle il manque néanmoins quelque chose pour être à proprement parler, une invention et pour mériter la protection de la loi sur les brevets. La construction est, par définition, le témoignage du savoir-faire du technicien, elle est le produit de l'habileté technique, une création obtenue à l'aide des moyens que l'état présent de la technique met à la disposition des gens du métier. Dans toute invention au contraire, doit se révéler un élément étranger, supérieur aux connaissances techniques du moment* »³⁴¹. Par cette approche, l'invention ne s'identifie pas au fait technique en lui-même mais à l'apport intellectuel – nous insistons ici sur l'importance de la condition de nouveauté dans la définition de l'invention – effectué au regard des connaissances de l'homme du métier. Autrement dit, nous ne nous intéressons plus au fait technique, mais à son impact dans le domaine technique.

161. Le rapport aux lois naturelles. L'autre acception de la technique s'intéresse également davantage au domaine dans lequel entre l'invention, plus que l'invention elle-même. Il s'agit

³⁴⁰ OEB Chambre des recours techniques, 10 octobre 2004, T890/02, JO OEB 2005, p. 497 : « *l'état de la technique comprend notamment les connaissances générales de base de l'homme du métier, constituées des encyclopédies, manuels, rapports de recherches, comptes rendus de conférences...* ».

³⁴¹ BONNET, cité par M. VAN DER HAEGHEN, « brevets d'invention, marques et modèles », Larcier, 1928, p. 77.

de l'utilisation des forces de la nature, soit des règles qui indiquent les composantes d'un objet ou d'un produit.

La référence aux lois naturelles est reprise de manière récurrente par la doctrine, inspirée du modèle japonais. Ainsi, l'article 2 de la *Shin Tokkyo Ho* – et parallèlement la *Jitsuyoshin'an Ho* en matière de modèles d'utilité (*Koan*) – définira l'invention (*Hatsumei*) comme la création hautement avancée d'idées techniques utilisant les lois de la nature. Dans ce sens, l'invention devient la marche à suivre pour contrôler les forces de la nature et atteindre par cette voie un résultat prévisible³⁴². Deux points sont alors à prendre en considération :

- D'une part, n'oublions pas que nous sommes ici au niveau de l'utilisation des forces de la nature, et non de leur simple observation, ce qui nécessite, comme nous l'avons vu précédemment l'intervention de l'homme.
- D'autre part, il nous appartient de rechercher quelles sont ces lois naturelles qui constituent le domaine de la technique. La logique et l'expérience dans le dépôt de brevets nous amène à considérer qu'il s'agit là des lois de la physique, de la chimie, de la médecine ou, avec la brevetabilité du vivant, de la biologie. Il serait pourtant réducteur d'établir une liste, même exemplative, de toutes les sciences constituant le domaine de la technique, si ce n'est à les contenir dans la catégorie des sciences dures, celles de la nature, par opposition aux sciences sociales et comportementales, celle de l'homme et des rapports humains³⁴³.

II – La définition négative de l'invention

162. Projet SPLT. Les premiers éléments de définition, par exclusion de la brevetabilité, présent dans les traités internationaux sont l'article 12 du projet SPLT, largement inspiré des

³⁴² Dans ce sens : O. BOSSUNG, « Erfindung und Patentierbarkeit im Europäischen Patentrecht », Mitt., 1974, p. 142 : « Une invention est une instruction relative à l'utilisation des forces ou matières naturelles, aboutissant chaque fois à un même résultat immédiatement exploitable qui ne fait pas partie de l'état de la technique déjà connu et dont la réalisation ne pouvait être espérée dans le cadre des connaissances d'un homme de métier » ; M. VIVANT, « Protéger les inventions de demain. Biotechnologies, logiciels et Méthodes d'affaire », La Documentation Française, 2003, p. 71 : « un processus intellectuel, quel qu'il soit, permettant d'aboutir à une innovation prenant appui sur des connaissances issues des sciences dures, quelle que soit la nature de l'effet produit, dès lors qu'il y a production de ce résultat » ; M. VIVANT et J-M. BRUGUIERES, « Réinventer l'invention ? », propriétés intellectuelles, 2003, p. 286.

³⁴³ La reconnaissance internationale de l'exclusion des sciences sociales n'est cependant pas si limpide lorsque Nous constatons la propension des Etats-Unis à accordé des brevets dans des domaines tels que l'économie et les finances, domaines consistant dans l'utilisation des sciences mathématiques relativement à un univers social.

travaux préparatoires de la Convention sur le brevet européen³⁴⁴ et l'Accord sur les ADPIC. Selon cet article : « *Les objets ci-dessous ne doivent pas être considérés comme des objets susceptibles de protection : les simples découvertes ; les idées abstraites en tant que telles ; les théories scientifiques et les lois de la nature en tant que telles ; les créations esthétiques* ». Cette position se confronte alors avec l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC qui, sous le même vocable d' « objets brevetables », définit une réalité tout à fait différente. Nous devons alors faire une distinction entre les objets non-considérés comme des inventions (1) et les inventions exclus de la brevetabilité (2).

A – Les objets non-considérés comme des inventions

163. Plan. Les législations privilégiant une définition négative de l'invention prennent la forme d'une liste exhaustive d'objets non-considérés d'une invention. Il est alors possible de regrouper ces objets en fonction des caractéristiques qui empêcheraient la qualification d'invention : l'absence d'une mise en œuvre productive d'une part (1), et les créations abstraites d'autre part (2).

1 – La mise en œuvre productive : l'exemple des découvertes et des théories scientifiques

164. Définition. L'exception des découvertes en tant que telles n'est pas en soi problématique puisqu'elle ne répond pas à la définition de l'invention comme une mise en œuvre productive nécessitant l'intervention de l'homme et servant de fondement à la condition d'activité inventive qui caractérise la brevetabilité. Une définition assez précise a été retenue dans le Traité de Genève du 7 mars 1978, qui, bien que non entrée en vigueur, associe la découverte à « *la reconnaissance de phénomènes, de propriétés ou de lois de l'univers matériel non encore reconnus et pouvant être vérifiés* » (Article 1.1.1). L'obligation de production est alors un des principes qu'il nous faut retenir car elle émane de manière évidente des lois et traités que nous avons étudiés jusqu'ici et qui introduisent les notions de « manufacture » et d'intervention

³⁴⁴ Remarquons la similitude avec l'article 52 CBE qui, à la différence des lois japonaise et américaine, prévoit expressément l'exclusion de certains objets : « *Ne sont pas considérés comme des inventions au sens du paragraphe 1 notamment : les découvertes ainsi que les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ; les créations esthétiques ; les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateur ; les présentations d'information* ».

humaine ». L'opposition de la découverte à l'invention renforce alors les critères de technicité et de mise en œuvre productive que nous avons mis en avant dans nos développements précédents.

165. L'exemple de la biotechnologie. En tant que simple découverte, les produits de la nature ne sont pas brevetables car ils ne constituent rien de plus qu'une « œuvre de la nature » loin de toute contribution humaine. En revanche, l'application pratique qui en découle devient brevetable si elle satisfait les conditions de brevetabilité exigées. La démarcation entre la découverte et l'invention prend alors tout son intérêt lorsque nous nous interrogeons sur la brevetabilité des matières vivantes, outre l'exclusion des animaux et végétaux ou des variétés végétales et races animales prévue à l'article 27.3 de l'Accord sur les ADPIC. Selon le Comité du développement et de la propriété intellectuelle, le terme « biotechnologie » regroupe trois types de matière : « i) la *“biomatière elle-même”* qui comprend la *“biomatière non vivante”* comme les acides aminés, les peptides, les protéines, les graisses et les acides nucléiques, mieux connus sous le nom d'anticorps, les hormones, les enzymes, les antibiotiques, les stéroïdes, le cholestérol et les molécules ADN (composés chimiques qui sont différents des composés chimiques tels qu'ils sont compris dans la perspective du chimiste parce qu'ils font partie d'entités vivantes) et la *“biomatière vivante”* qui comprend les cellules (l'unité de vie reproductible la plus petite possible), les microorganismes (consistant en une cellule unique ou en un groupe de cellules, qui comprennent la capacité d'exister d'elles-mêmes dans la nature ou simplement dans des conditions de laboratoire ou dans le cadre d'organismes multicellulaires tels que les plantes ou les animaux); ii) les méthodes et procédés de fabrication de produits de la biotechnologie comme les procédés de production de plantes et d'animaux qui sont le un produit de l'ingéniosité humaine ayant un nom, des caractéristiques et une utilisation particuliers, y compris les procédés de création de produits à partir de cellules comme les hormones et les enzymes notamment. C'est pourquoi il est nécessaire de comprendre comment transférer des informations génétiques d'un organisme à un autre; et iii) les méthodes d'utilisation ou les utilisations quant à i) et ii) ci-dessus »³⁴⁵.

³⁴⁵ OMPI, « Eléments de flexibilité relatifs aux brevets dans le cadre juridique multilatéral et leur mise en œuvre aux niveaux national et régional », 18 mars 2011, CDIP/7/3, §24.

166. Le cadre juridique international. A défaut d'entrée en vigueur du projet SPLT, la question est étudiée principalement par l'Accord sur les ADPIC et le traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt de microorganismes aux fins de la procédure en matière de brevet.

L'article 27 de l'Accord sur les ADPIC ne contient pas les expressions « produits de la nature » et « découverte » bien que leur présence fut négociée, comme en témoigne le projet ANELL³⁴⁶ et les travaux réalisés au sein de l'OMPI³⁴⁷. De l'avis de certains auteurs, la mention « invention » devait alors être interprétée comme excluant *de facto* les découvertes. Cependant, nous soulignons le fait que l'Accord sur les ADPIC dispose d'un important degré de flexibilité puisque, à défaut de définition objective de l'invention, il laisse le soin aux Etats-membres de fixer la limite séparant l'invention de la découverte, par différents critères³⁴⁸ tels que la modification de la substance, les procédés d'identification et de purification... De même, l'acception large ou étroite accordée au microorganisme permettra d'inclure soit les cellules qui tendent à se reproduire, soit toutes les matières vivantes microscopiques³⁴⁹.

Le traité de Budapest souffre des mêmes difficultés car s'il instaure la description des organismes vivants au sein des demandes au moment de leur dépôt, aucune définition du microorganisme n'est donnée, laissant aux Etats contractants une importante marge de manœuvre.

167. Mise en œuvre nationale. Ainsi, les opinions sur la meilleure manière de tirer profit de la biotechnologie varient d'un pays à l'autre, et pays développés et émergents ont recours à différentes politiques pour stimuler la recherche dans ce secteur. L'élément de flexibilité porte sur le choix du fondement de l'exclusion pour la non-brevetabilité de ces produits, soit par

³⁴⁶ Negotiating group on TRIPS rights including trade in counterfeit goods, « Status of work in the negotiating group », 23 juin 1990, MTN.GNG/NG11/W/76.

³⁴⁷ L'option A de l'article 10.1)iii) du projet de traité complétant la Convention de Paris présenté à la Conférence diplomatique de La Haye en 1991 contient comme exception à la brevetabilité « les découvertes et matières ou substances existant déjà dans la nature ».

³⁴⁸ Sur ce point, cf. K. BOZICEVIC, « Distinguish products of nature from products derived from nature », JPTOS, 1997, p. 415 ; L. WESTERLUND, « Biotech Patents : Equivalents and exclusion under European and US patent law », Kluwer Law International, 2002.

³⁴⁹ La problématique se pose quant au virus qui, ne pouvant se reproduire sans l'aide de cellules animales, ne sont pas toujours reconnus comme des microorganismes.

une exclusion expresse de la brevetabilité, soit par le recours à la dichotomie découverte/invention, soit par une disposition spécifique pour les matières vivantes :

- L'exclusion expresse de la brevetabilité des découvertes intervient dans le cadre d'une définition négative de l'invention telle qu'elle est présentée à l'article 12 du projet SPLT sous la forme : « *les objets ci-dessous ne doivent pas être considérés comme des objets susceptibles de protection : les simple découvertes...* ». Il est donc tout à fait normal de retrouver cette solution dans les législations européennes, à l'image de l'article 52 de la Convention de Munich. A noter que cet article ne prévoit que le cas des simples découvertes en tant que telles et non leur application pratique dans un domaine technique.

- La dichotomie découverte/invention intervient dans le cadre d'une définition positive de l'invention et de la découverte que les autorités nationales confrontent afin de déterminer dans quelle catégorie entre l'objet dont est demandée la brevetabilité. Ainsi, la jurisprudence américaine, appliquant les principes généraux de la loi sur les brevets, a soutenu que la brevetabilité prévue à la section 101 exclut d'office les lois de la nature, les phénomènes physiques et les idées abstraites. La décision *Funk Brothers Seed Co. v/s Kalo Inoculant Co.* énonce : « *[l'inventeur] ne crée pas un état d'inhibition ou de non inhibition dans les bactéries. Leurs qualités sont l'œuvre de la nature. Elles ne sont pas, bien entendu, brevetables. Les qualités de ces bactéries comme la chaleur du soleil, l'électricité ou les qualités des métaux, font parties de la réserve de connaissance de tout homme* ». De même « *si, de cette découverte, découle une invention, elle doit venir de l'application de la loi de la nature à une fin nouvelle et utile* »³⁵⁰. La Cour suprême, dans l'affaire *Diamond v/s Chakrabarty*, utilise d'ailleurs le critère de la transformation de la substance pour caractériser l'application de la loi de la nature à des fins pratiques. Dans l'affaire *Dimminaco v/s Controller of Patent*³⁵¹, la Haute Cour de Calcutta tend à promouvoir la même position, en énonçant que le simple fait qu'un vaccin contienne des microorganismes ne suffit pas à exclure de la brevetabilité son procédé de fabrication³⁵².

³⁵⁰ Funk Brothers Seed Co. v/s Kalo Inoculant Co., [1948] 333 US 127 (version française).

³⁵¹ High Court of Calcutta, Dimminaco v/s Controller of Patent, 15 janvier 2002, n°68/2002.

³⁵² La Haute Cour de Calcutta utilise dans cet arrêt le test de la « vendabilité », selon lequel un procédé est brevetable, si l'invention aboutit à la production d'un produit pouvant être introduit dans le commerce. Cette

- Enfin, certains pays ont adopté des dispositions spécifiques concernant les matières vivantes, soit pour en exclure la brevetabilité³⁵³, soit pour déclarer que l'existence préalable d'une matière vivante à l'état naturel ne fait pas obstacle à la brevetabilité d'une invention portant sur cette matière³⁵⁴. Alors que les solutions précédentes coïncidaient avec la logique de construction du droit international des brevets avec la distinction entre l'approche positive ou négative de l'invention, l'existence de ces dispositions nous montre parfaitement que le degré de flexibilité des textes que nous avons étudiés ne correspond pas avec la volonté d'harmonisation présente dans les négociations actuelles. Le réexamen de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC peut, dans l'avenir, réduire cette marge de manœuvre.

2 – Le caractère abstrait : l'exemple des programmes d'ordinateur et des méthodes commerciales

168. La création abstraite. La problématique de la brevetabilité des logiciels³⁵⁵ et des méthodes commerciales remet également en cause la distinction entre le concept et

position est à étudier en connaissance des lois indiennes sur la nourriture et les drogues qui encadrent strictement l'introduction des biotechnologies dans le commerce.

³⁵³ Par exemple, l'Argentine, le Brésil, le Chili, le Nicaragua, les pays andins, la République dominicaine et l'Uruguay ont tous adopté une législation excluant de la brevetabilité les objets qui coïncident avec des produits de la nature.

³⁵⁴ Par exemple, citons la directive européenne 98/44/CE.

³⁵⁵ Sur ce sujet : A. LUCAS, « La protection des créations industrielles abstraites », *Librairies Techniques*, 1975 ; B. REMICHE, « Brevet, Innovation et Intérêt général », *Larcier*, 2007, pp. 235-371 ; I. LIOTARD, « Les brevets sur les méthodes commerciales : état des lieux et perspectives économiques », *Propriétés Intellectuelles*, 2004, p. 2 ; B. HUGENHOLTZ et R.-B. BAKELS, « The patentability of computer programs. Discussion of European-level legislation in the field of patents for software », <http://www.ivir.nl/publications/other/softwarepatent.pdf> (consulté le 1er juillet 2016) ; M.-C. JANSSENS, « Bescherming van computerprogramma's : (lang) niet alleen maar auteursrecht », *RDC*, 1998, pp.420-437 ; R.-B. BAKELS, « softwareoctrooi : een vanzelfsprekendheid of een gevaarlijk ontaarding ? », *Computerrecht*, 2002, pp. 347-352 ; K. BERESFORD, « Patenting software under the European patent convention », *Sweet & Maxwell*, 2000 ; A. BRIMELOW, « Does intellectual Property Need a New Set of Wheels ? », *EIPR*, 2001, p. 44-48 ; J.-E. COHEN et M.-A. LEMLEY, « Patent Scope and Innovation in the Software Industry », *California Law Review*, janvier 2001, pp. 1-57 ; C. GEIGER et R. HILTY, « Breveter le logiciel ? Une analyse juridique et socio-économique », *propriétés intellectuelles*, 2005, p. 303 ; S. MISSOTEN, « La brevetabilité des logiciels et des méthodes commerciales », in « Droits intellectuels : à la rencontre d'une stratégie pour l'entreprise, Rapport du 52^e séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires des 11 et 12 octobre 2001 », *Bruylant*, 2002, pp. 101-118 ; K. MOON, « Internet Patents : Classification and Justification », *CTRL*, 2001, pp. 99-103 ; F. PETILLION, « Patentability of software. Status questionis. An incentive to be inventive », *IRDI*, 2004, pp. 201-225 ; J. PILA, « Dispute over the meaning of 'invention' in article 52(2) EPC – The Patentability of Computer-Implemented Inventions in Europe », *IIC*, 2005, p. 173 ; D. SCHIUMA, « TRIP's and Exclusion of Software 'as such' from Patentability », *IIC*, 2000, p. 36 ; A.STROWEL et E.DERCLAYE, « Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimedia », *Bruylant*, 2001 ; M.VIVANT, « Les créations immatérielles et le droit », *Ellipses*, 1997 ; M.VIVANT, « Une épreuve de vérité pour les droits de propriété intellectuelle : le

l'invention. C'est inspiré par Frédéric POLAUD-DULIAN que nous considérons, afin d'établir une différence entre les deux notions, que le logiciel entre dans le domaine des idées et non des réalisations techniques : le premier étant abstrait, et le second concret. Cette nature abstraite est remise en cause par le projet SPLT, mais à défaut d'entrée en vigueur, et en l'absence de dispositions au sein de l'Accord sur les ADPIC, nous nous arrêtons sur les législations nationales et la voie utilisée par les Etats pour caractériser la création abstraite. Aussi, si nous constatons que la plupart des pays rejettent la brevetabilité des créations abstraites (a), la difficulté vient à définir le logiciel et la méthode commerciale comme telle (b)

a – Le rejet de la brevetabilité des créations abstraites

169. L'exclusion des créations abstraites. Bien que la loi américaine ait étendu au maximum la définition de l'invention, le mythe du « tout est possible » aux Etats-Unis n'est pas aussi poussé que nous pouvons le croire, car les juges américains, au même titre que les juges européens, excluent de la brevetabilité les créations dites abstraites.

L'article 52 de la Convention de Munich énumère donc la liste des créations que nous ne pouvons qualifier d'invention. Parmi ces créations se trouvent : « *les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateur* ». Comme l'énonce Frédéric POLLAUD-DULIAN, nous sommes ici dans le domaine des idées et non des réalisations techniques. La méthode est une création intellectuelle abstraite qui n'a pas directement d'application industrielle³⁵⁶, et donc ne correspond pas à ce qui est un critère de brevetabilité reconnu en Europe et dans les organisations internationales.

développement de l'informatique », in « L'avenir de la propriété intellectuelle », IRPI, 1993, pp. 43-55 ; M. VIVANT, « La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique, vrai problème social ? », propriétés intellectuelles, 2003, p. 34.

³⁵⁶ F. POLLAUD-DULIAN, La brevetabilité des inventions, Etude comparative de jurisprudence France-OEB, IRPI, 1997, p. 50.

Les Etats-Unis ne connaissent pas cette exclusion des créations abstraites posée par un texte précis. Cela n'a pas pour autant empêché le juge de la confirmer. Dans l'affaire *Bilski vs Kappos*³⁵⁷ : le juge KENNEDY, consacrant le précédent de la décision *Diamond vs Chakrabarty*, reprend les exceptions de la brevetabilité dégagées par la jurisprudence : « *Les décisions précédentes de la Cour énoncent trois exceptions spécifiques aux dispositions du §101 : les lois de la nature, les phénomènes physiques et les idées abstraites* »³⁵⁸. Le juge se fonde également sur les critères de brevetabilité comme la nouveauté et la version américaine de l'application industrielle, c'est-à-dire l'utilité : « *bien que les textes législatives ne l'exigent pas, ces exceptions sont conformes à l'idée qu'une invention brevetable doit être utile et nouvelle* », obligeant l'invention à être concrète.

170. Position japonaise. Mais au-delà des pays européens et américain, nombre de pays ne connaissent pas cette limitation aux créations abstraites. C'est le cas par exemple au Japon qui depuis 1993 tend de plus en plus à reconnaître la brevetabilité des logiciels *per se*. En effet, Comme le suggère Keiichi OTA, « *ce qui frappe, c'est que la loi japonaise sur les brevets n'exclut pas expressément les logiciels du champs de la brevetabilité... Si un logiciel répond à la définition [prévue à l'article 2 de la loi japonaise], il peut être considéré comme une invention, et à ce titre être protégé par le brevet* »³⁵⁹. Cette position est alors officialisée en juin 1993 par la directive de l'Office japonais des brevets, qui indique qu'un logiciel est brevetable s'il peut être défini comme un produit ou un procédé et s'il satisfait aux exigences de nouveauté, d'activité inventive et d'application industrielle.

Cette position se retrouvera d'ailleurs dans de nombreux pays en développement, à l'image de l'Afrique du Sud et de la Malaisie, qui, à défaut de précision dans leurs lois respectives, et peu concernés par cette problématique, ont aussi accordé la brevetabilité à des logiciels *per se*³⁶⁰.

³⁵⁷ *Bilski vs Kappos*, [2010] 545 F.3d 943.

³⁵⁸ *Idem*, syllabus (traduction).

³⁵⁹ OTA&Associates, « Info Japon », juin 1996, n°5. http://www.otapatent.com/shiryo/Info-Japon_05.pdf (consulté le 1er juillet 2016).

³⁶⁰ <http://www.fruitymag.com/logiciels-tendances-d1150402.htm> (consulté le 1er juillet 2016).

b – Les tests de brevetabilité

171. Position européenne. compte tenu des tentatives avortées de directives européennes concernant le « brevet-logiciel », la brevetabilité des programmes d'ordinateur (en tant que tel) reste soumise, en Europe, à l'interdiction prononcée par l'article 52(2) CBE. L'expression « en tant que tel » prend toute son importance lorsque la jurisprudence européenne se construit autour de différentes approches qui se complètent et interagissent :

- Le tout premier critère dégagé par la jurisprudence de l'OEB consiste en l'intervention d'un élément matériel (par exemple, un ordinateur) comme support du logiciel. Par exemple, la décision *Vicom*³⁶¹, première décision par laquelle l'OEB admet qu'un programme d'ordinateur pouvait constituer une invention, a jugé que le produit était brevetable, considérant que le brevet de produit portait sur l'ordinateur programmé dans le but de réaliser un procédé technique de traitement d'image et non sur le programme de traitement en lui-même.
- Il semble évident que la seule existence d'un support ne suffit pas dès lors que le programme d'ordinateur peut exister indépendamment. Le logiciel doit être lié au support afin de créer une invention complexe dont le support est le principal, et le logiciel l'accessoire. Dans ce cas, l'ensemble de l'invention, y compris le programme dans son rôle fonctionnel, sera protégée. Afin de caractériser ce type d'invention, l'OEB a dégagé un critère de contribution, qui consiste dans la vérification de ce qui, dans l'invention complexe, sera considéré comme l'apport à l'état de la technique et devra respecter les conditions de brevetabilité. Ainsi, si l'activité inventive ou la nouveauté repose entièrement sur le logiciel, l'invention ne peut être brevetée.
- Cette contribution doit alors posséder un caractère technique, dont la prépondérance a, une fois de plus, été confirmée dans l'affaire *Pension Benefits*, où l'OEB a refusé d'accorder le brevet, considérant que la contribution de la méthode revendiquée était d'ordre économique et non technique. Elle consistera alors, selon la jurisprudence de

³⁶¹ OEB, 15 juillet 1986, affaire VICOM DIGITAL IMAGE PROCESSING, T208/85, JO OEB 1987, p. 14. Cette solution sera d'ailleurs confirmée par OEB, 6 octobre 1988, affaire IBM DATA PROCESSOR NETWORK, T6/83, JO OEB 1995, p. 5 ; OEB, 8 septembre 2000, affaire PENSION BENEFIT SYSTEM PARTNERSHIP, T931/95, JO OEB 2001, p. 441 ; OEB, 21 avril 2004, affaire METHODE D'ENCHERE HITACHI, T258/03, JO OEB 2004, p. 575.

l'OEB³⁶² dans : « *la résolution d'un problème technique ; l'effet technique atteint par la mise en œuvre de l'invention ; ou les considérations techniques requises pour mettre au point la solution d'un problème même non technique*³⁶³ ».

172. Position américaine : le test « useful, concrete and tangible ». Dans la décision *State Street Bank vs Signature Fin group*³⁶⁴, la Cour Suprême des Etats-Unis a d'abord considéré que le logiciel et la méthode commerciale étaient susceptibles d'être brevetés s'ils étaient reconnus utiles et tangibles.

En commençant par un critère d'utilité, la Cour suprême a noyé le test de brevetabilité des méthodes commerciales dans les conditions de brevetabilité déjà existantes pour toute invention, alors même que leur interprétation large favorise la protection des logiciels pour deux raisons :

- La première est de savoir s'il faut restreindre cette utilité au domaine de l'industrie ou au contraire l'étendre à d'autres domaines comme le commerce³⁶⁵. Pour définir ce qu'est le domaine industriel, nous pouvons prendre en compte d'une part la définition donnée par la décision *Produits Anorexigènes/DUPONT*³⁶⁶, et d'autre part la définition même de l'invention comme solution technique. Sont ainsi exclues les créations à caractère personnel et privé³⁶⁷, mais aussi les créations incluses dans un domaine non industriel tel que les échanges commerciaux. La loi américaine ne fait pas cette distinction. L'invention doit être utile, peu importe le domaine dans lequel elle intervient. Cela explique pourquoi la Cour Suprême des Etats-Unis a encore une fois validé la brevetabilité d'une méthode commerciale, et donc une méthode dépourvue d'application industrielle.

³⁶² « Si une contribution à l'état de la technique peut être identifiée soit dans la résolution d'un problème technique, soit dans l'effet technique inhérent à la mise en œuvre de la solution, il n'y a pas d'exclusion de la brevetabilité de l'invention... » OEB, 31 mai 1994, affaire SOHEI, JO OEB 1995, p. 525.

³⁶³ B. REMICHE et V. CASSIERS, « droit des brevets d'invention et du savoir-faire », op. cit., p. 235.

³⁶⁴ *State Street Bank vs Signature Fin group*, [1998] 149 F.3d 1368.

³⁶⁵ La question a d'ailleurs été posée au Comité Permanent des brevets de l'OMPI, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/fr/scp_9/scp_9_5.pdf (visité le 1 mars 2011).

³⁶⁶ Décision de la Chambre des Recours Techniques de l'OEB du 27 mars 1986 (T 144/83) : *des entreprises de ce genre dans le domaine des soins esthétiques, comme, par exemple, les instituts de beauté, font partie de l'industrie au sens de l'article 57 de la Convention sur le Brevet Européen, puisque la notion même d'industrie implique l'exercice ininterrompue et indépendant d'une activité avec un but lucratif* ».

³⁶⁷ Par exemple, décision de la Chambre des Recours techniques de l'OEB du 9 novembre 1994 (T 74/93), concernant les méthodes contraceptives.

- La seconde est liée à l'interprétation de la notion d'utilité par la jurisprudence américaine. Par exemple, à la lecture de la décision BRENNER v/s MANSON de 1966, « *aucun brevet ne peut être accordé sur une composition chimique dont la seule utilité consiste en un rôle potentiel en tant que test d'utilisation. Des règles différentes s'appliquent au processus à l'origine d'un produit non brevetable* »³⁶⁸. Monsieur GOLDSTEIN commentera ce 'rôle potentiel' de l'invention en affirmant que « *l'utilité existe quand l'invention peut être à l'origine d'un profit* »³⁶⁹. Ainsi, le besoin d'une utilité tangible et non potentiel est étroitement lié à la notion de bénéfice.

Il est également regrettable que, dans ce test, l'appréciation par le juge américain de tous les critères de brevetabilité de la méthode commerciale nous renvoie systématiquement à l'étude d'un résultat tangible. En effet, comme l'énonce le *patent attorney* Quinn GENE : « *Aujourd'hui, la façon dont le terme «résultat» définit les termes « utile, concret et tangible », conduit à un test qui est en grande partie incohérent et ne peut tout simplement pas être appliqué avec une logique significative*³⁷⁰ ». Ce qu'il faut comprendre ici est que, au sens de la loi américaine, le processus est brevetable, non son résultat. Ainsi, mettre l'accent sur le résultat au lieu d'étudier le processus fait perdre tout son sens à la brevetabilité des méthodes commerciales et des logiciels.

Du point de vue de l'office américain des brevets, les limites de la brevetabilité sont quasi inexistantes. Rappelons à quel point il est facile de démontrer l'existence d'un résultat tangible puisque la simple notion de bénéfice suffit à le caractériser. Cela rend presque toutes les méthodes commerciales brevetables...

Du point de vue du déposant, ce test peut aisément être détourné par une astucieuse rédaction des revendications qui seront le fondement du dépôt. Aujourd'hui, n'importe quel conseiller en propriété intellectuelle sait comment rédiger une demande de brevet dont les revendications couvrent une méthode commerciale. Il suffit de bien définir toutes les étapes de la méthode, sans aborder les aspects des technologies sous-jacentes employées pour la mettre en œuvre, mais en indiquant clairement sa valeur réelle, par la modification du

³⁶⁸ P. GOLDSTEIN, « Copyright, patent, trademark and related state doctrines », University Casebook Series, 1990, p. 414 (traduction).

³⁶⁹ Idem, p. 417 (traduction).

³⁷⁰ Q. GENE, « Business Methods : concrete and tangible description a must », <http://ipwatchdog.com/2010/11/04/business-methods-concrete-tangible-description-a-must/id=13128/> (visité le 1er juillet 2016) (traduction).

fonctionnement de l'entreprise et la production d'un « fructus », qui dans le domaine commercial est systématiquement d'ordre financier.

La facilité pour satisfaire ce test a été très critiquée, expliquant pourquoi l'office américain des brevets lui a préféré le « machine or transformation test », et pourquoi la Cour Suprême, par l'intermédiaire du juge MEYER, l'a définitivement remis en cause. Cependant, cela ne confirme pas l'efficacité du nouveau test utilisé.

173. Position américaine : le « machine or transformation test ». Nous avons pu constater que les praticiens outre-Atlantique ont interprété l'adoption du « Machine or Transformation Test » comme un pas vers l'harmonisation internationale du droit des brevets : *« En réduisant le nombre d'inventions admissibles au regard des conditions de brevetabilité, le circuit fédéral a forcé la législation américaine à se rapprocher sensiblement de la loi en Europe, au Japon, en Chine et dans de nombreuses autres parties du monde, qui ont une vision beaucoup plus étroite de la brevetabilité³⁷¹ »*. Même si la Cour a elle-même nié vouloir adopter un régime de protection à l'européenne, ne se limitant pas au domaine des arts technologiques, plusieurs rapprochements entre les deux systèmes sont perceptibles.

D'une part, avec le « Machine or Transformation Test », la Cour d'appel fédérale fonde l'invention sur des éléments physiques. Le procédé se mécanise, par la transformation d'un objet physique – il aurait pu être intéressant ici de reprendre la nature quantifiable qui résultait du test précédent – ou l'interaction avec une machine, que la cour fédérale de Californie qualifie de tangible, spécialement conçue pour intégrer le procédé. Cela n'est pas sans rappeler la vision mécanique de l'OEB, latente dans la décision VICOM de 1986, et développée dans la décision IBM de 1998. La Chambre des recours avait en effet exposé sa conception matérielle de l'invention basée sur l'effet technique : soit le logiciel produit des effets techniques, soit il doit être le composant d'un ensemble technique brevetable.

³⁷¹S. SEIDENBERG, US Supreme Court review of Bilski could reverberate through patent system, <http://www.ip-watch.org/weblog/2009/07/31/special-report-us-court-supreme-review-of-biski-case-could-reverberate-through-patent-system/> (visité le 1er juillet 2016) (traduction).

D'autre part, nous remarquons l'avancée dans la conception américaine de l'invention : alors que la décision *State Street Bank vs Signature fin group* définissait le caractère abstrait de l'invention par rapport à son résultat – largement influencé par le critère d'utilité/application industrielle – la décision *BILSKI v/s KAPPOS* se concentre sur le processus – concrétisé par l'utilisation d'une machine, ou la transformation d'un élément. Nous sortons donc ici de la facile condition du résultat économique pour nous intéresser à la méthode en elle-même, s'il est possible d'en faire une application pratique. Encore une fois, cette solution nous rappelle le système de protection européen.

Bien que son destin soit compromis, le « Machine or Transformation Test » n'a pas été critiqué par la Cour Suprême. Il ressort de la décision que « *le machine-or-transformation test n'est pas l'unique test de brevetabilité pour les logiciels et les méthodes commerciales*³⁷² ». Les juges accusent seulement la désuétude d'un système purement matériel, tel qu'il existe en Europe – et c'est là la critique que nous pouvons faire du système européen – suffisant durant « l'ère industrielle », inadapté au regard de l'évolution des sciences. En effet, force est de constater que la Révolution mécanique est derrière nous, faisant place à ce que les économistes appellent la troisième révolution, celle des communications et de l'information, domaine essentiellement immatériel. De là, la mécanisation et la transformation perdent de leur pertinence pour déterminer la brevetabilité de ces nouveaux types d'invention.

B – Les inventions exclues de la brevetabilité

174. Brevetabilité et invention. Certains objets peuvent correspondre à la définition d'une invention que nous venons de donner sans pour autant être brevetable. Or ce défaut de brevetabilité ne tient pas compte des conditions de brevetabilité, mais de la nature même de l'invention. Les propos qui suivent sont donc un exemple de confusion entre l'invention et la brevetabilité, la brevetabilité étant influencé par les caractéristiques de l'invention. Nous pouvons alors distinguer ces caractéristiques entre d'une part l'ordre public et la moralité (1) et d'autre part les autres exclusions particulières (2).

³⁷² *Bilski vs Kappos*, [2010] 545 F.3d 943, syllabus (traduction).

1 – L’ordre public et la moralité

175. Plan. L’ordre public est un exemple parfait de notion-cadre qui ne peut se définir qu’en rapport à un lieu et une date déterminée. Si l’accord sur les ADPIC en fait mention, ce n’est que pour se référer à l’interdiction d’exploiter commercialement ces inventions (1a). Le contenu même de l’ordre public et de la moralité est alors laissé à l’interprétation des Etats (1b).

1a – L’exploitation commerciale de l’invention.

176. Interdiction d’exploitation. Le paragraphe 27.2 de l’Accord sur les ADPIC comporte une exclusion générale à la brevetabilité pour toutes les inventions dont l’exploitation commerciale sur le territoire des Etats-membres présente un risque de mise en péril de l’ordre public ou de la moralité. Les exemples prévus à l’article sont la santé et la vie humaine, animale ou végétale. Bien entendu, le fait d’exclure ces inventions de la brevetabilité n’entraîne pas directement l’interdiction de leur fabrication et de leur utilisation, mais répond à une volonté des Etats de ne pas encourager de telles pratiques. La raison en est que seule « l’exploitation commerciale » est prohibée. Ce terme doit alors être étudié en tenant compte des considérations suivantes :

177. L’exploitation illégale ou illicite et immorale. Tout d’abord, l’article 27.2 reprend la plupart des législations européennes en affirmant que « *les membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions (...) à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l’exploitation est interdite par leur législation* ». Autrement dit, une invention peut faire l’objet d’une protection même si au moment de sa mise en œuvre, l’exploitation s’avère illégale³⁷³. Cependant, cette exploitation ne sera pas brevetable si sa mise en œuvre est reconnue illicite ou immorale.

³⁷³ Par exemple : Cour d’appel de Paris, 11 mars 1982, BD 1983, I, p3. En l’espèce, la Cour d’appel accorda la brevetabilité d’une remorque de voiture dont les caractéristiques ne satisfaisaient pas les dispositions du Code de la route.

Si cette distinction se retrouve dans de nombreuses législations nationales (comme l'article L611-17 du Code français de la propriété intellectuelle) et conventions internationales (comme les articles 4 quater de la Convention de l'Union de Paris, et 52 de la Convention de Munich), la jurisprudence américaine, à défaut de texte, admet l'exclusion de brevetabilité, peu importe si la contrariété est fonction de la loi ou de l'ordre public et la moralité, en relevant le non-respect de la condition d'utilité. Ainsi, une invention dont la mise en œuvre est impossible, soit parce qu'elle est contraire à la loi, soit parce qu'elle est contraire à l'ordre public et à la moralité, est dépourvue d'utilité et ne satisfait pas les conditions de brevetabilité prévues dans les textes.

Ainsi, dans l'affaire *Brewer vs Lichtenstein*³⁷⁴, la Cour Suprême s'est-elle positionnée contre la brevetabilité d'un dispositif utilisé dans le cadre d'une loterie payante alors contraire aux lois réglementant les jeux de hasards en vigueur. Au contraire, alors que les lois américaines de la Prohibition interdisait l'usage des machines à sous, le flipper put faire l'objet d'une protection au motif que son utilisation ne se basait pas sur une idée de gain³⁷⁵.

Hors du domaine des jeux de hasard, dans l'affaire *Richard vs Le Bon*³⁷⁶ fut rejetée la brevetabilité d'une invention ayant pour objet de donner des caractéristiques visuelles imitant un tabac réputé et conduisant à tromper intentionnellement le consommateur sur sa provenance. Le juge considéra en effet qu'au-delà des considérations morales que revêt le dol, l'utilisation d'un tel procédé devait être interprétée comme une fraude contraire au droit de la consommation.

178. L'exploitation principale ou secondaire. Le rattachement du critère d'ordre public à celui d'utilité par les juridictions américaines fonde également une autre controverse liée au caractère secondaire de l'exploitation illicite ou immorale. Il a en effet été question de savoir si une invention est brevetable à partir du moment où elle bénéficie de plusieurs possibilités d'exploitation et que l'une d'elle n'est reconnue ni illicite ni immorale. Bien que la jurisprudence nous permettant d'éclairer ce point soit peu fournie, Nous pouvons tout de même retrouver ici la traditionnelle opposition entre le droit américain et le droit français.

³⁷⁴ *Brewer vs Lichtenstein*, [1903] 278 F 512.

³⁷⁵ *Chicago Patent Corp. vs Genco*, [1941] 52 USPQ 3.

³⁷⁶ *Richard vs Le Bon*, [1900] 103 F 868.

Du point de vue français, le Tribunal civil de la Seine a pu annuler un brevet sur le perfectionnement des préservatifs, aux motifs que si l'objectif de l'inventeur était louable, l'utilisation de l'appareil pouvait être contournée à des fins immorales. Ainsi, « *une invention, qui n'aurait d'autre objet que de prévenir le développement de terribles maladies, n'a, en soi, rien d'immoral mais dans l'espèce, s'il est vrai que l'appareil peut préserver contre les maladies vénériennes, s'il est même possible que l'inventeur n'ait eu d'autre préoccupation en demandant le brevet, il n'en est pas moins manifestement certain que l'invention est susceptible de recevoir une autre utilisation ; qu'elle permet en pratique les funestes théories malthusiennes ; qu'elle est de nature à nuire à la repopulation, en empêchant la procréation...* »³⁷⁷.

Au contraire, la Cour suprême des Etats-Unis a considéré qu'une invention reste brevetable s'il est possible de trouver une seule exploitation bénéfique, qu'elle qu'en soit les autres exploitations illicites ou immorales³⁷⁸. En effet, cette mise en œuvre secondaire permettrait à l'invention de satisfaire la condition d'utilité qui, aux yeux des juges américains, justifierait la brevetabilité.

179. L'exploitation et la publication. Enfin, en comparant l'article 27.2 de l'Accord sur les ADPIC et l'article 53(a) de la Convention de Munich, nous constatons que l'OMC se limite à l'exploitation des inventions, ne prévoyant pas le cas où la simple publication contreviendrait à l'ordre public ou à la moralité. Il s'ensuit que les législations européennes, comme l'article 2(1) de la loi allemande sur les brevets, ne sont pas conformes au traité et doivent par conséquent être modifiées. Markus NOLFF³⁷⁹ note que l'article 21.6 du PLT répond en partie à ce problème en prévoyant non pas l'exclusion de la brevetabilité de l'invention mais la suppression au sein de la demande des expressions et dessins susceptibles d'être contraire à l'ordre public.

³⁷⁷ Tribunal civil de la Seine, 29 novembre 1913, Annales 1915, p. 16, n°1142.

³⁷⁸ Fuller vs Berger, [1903] 120 F 274.

³⁷⁹ M. NOLFF, « Implications of the trips Agreement in the field of Patent Law, in From GATT to TRIPS », Max Planck Institute, 1996, p. 181.

1b – L’interprétation de l’ordre public et la moralité

180. La dépendance au contexte géographique et temporel. L’ordre public et la moralité sont des notions fortement imprégnées d’une dimension culturelle qui évolue parallèlement à la société. C’est alors à raison que le Comité permanent du droit des brevets a déclaré que « *ce qui est contraire à l’ordre public et aux bonnes mœurs dépend de l’époque et du lieu. Dans certains cas, la question de l’ordre public et des bonnes mœurs peut être envisagée de manière différente par des ressortissants du même pays, en fonction de leur âge, de leur éducation, de leurs convictions personnelles, etc. Ainsi le terme ‘ordre public ou bonnes mœurs’ est-il interprété au cas par cas, en fonction des valeurs sociales fondamentales dans un contexte donné* »³⁸⁰.

Dans le rapport « Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontalières de services de jeux et paris »³⁸¹, le groupe spécial a affirmé que la teneur de ces concepts pouvait varier dans le temps et dans l’espace, en fonction d’une série de facteurs, y compris les valeurs sociales, culturelles, éthiques et religieuses dominantes. Le groupe spécial accorde en effet une certaine latitude pour définir eux-mêmes les concepts d’ordre public et de moralité au sein de leur territoire. Ainsi, nous avons pu étudier précédemment³⁸² l’exclusion de la brevetabilité des produits reconnus impropres par la doctrine économique islamique, sur le territoire de tous les Etats appliquant la *Shariah*.

Enfin, nous relevons la présence d’exemples de circonstances permettant d’établir une ligne de conduite internationale concernant la santé et la vie humaine, animale et végétale, référencée à la fois à l’article 27.2 de l’Accord sur les ADPIC et l’article 20 du GATT. Le progrès technique suscitant des préoccupations morales, la « bioéthique », à l’image de la directive européenne 98/44 sur les biotechnologies, influence fortement l’interprétation de la clause relative à l’ordre public et à la moralité dans de nombreux pays. Car si de nombreux pays à l’image de l’Europe, prévoit cette exclusion de la brevetabilité de l’être humain dans

³⁸⁰ OMPI, « Exclusions de la brevetabilité et exceptions et limitations relatives aux droits », 4 février 2009, SCP/13/3, §52.

³⁸¹ OMC, « Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontalière de services de jeux et paris », 7 avril 2005, WT/DS285/AB/R, §307.

³⁸² Cf. n°63.

des textes spéciaux, d'autres, comme les Etats-Unis, appliquent la disposition générale relative à l'ordre public pour régler ces situations particulières³⁸³.

181. Le nécessité des mesures restrictives. Outre le caractère évolutif de ces notions sociétales, il ressort des articles 20 du GATT et 14 de l'AGCS une interprétation des exceptions selon un principe général de proportionnalité, l'action prise par l'Etat devant se limiter au strict nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Appliqué à l'article 27.2 de l'Accord sur les ADPIC, cela signifie que le refus d'accorder un brevet peut être exercé pour des raisons d'ordre public ou de moralité, dans la mesure où il n'existe aucune alternative raisonnable.

Cette interprétation étroite de l'ordre public ressort du rapport du groupe spécial « *Thaïland – Restrictions on importations and internal taxes on Cigarettes* » de 1990, où le terme « nécessaire » est défini comme la justification d'une mesure adoptée par l'absence de solution de rechange que le membre de l'OMC pourrait raisonnablement utilisée et qui serait le moins incompatible possible avec le GATT³⁸⁴.

Mais à la différence de la jurisprudence communautaire³⁸⁵, les organes de l'OMC ne prévoient pas de test de proportionnalité des mesures de sauvegarde de l'ordre public et de la moralité. Tout au plus, dans son rapport « Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf », l'Organe d'appel a-t-il indiqué que « *pour déterminer si une mesure qui n'est pas "indispensable" peut néanmoins être "nécessaire" au sens de l'article XX, il faut dans chaque cas sopeser et mettre en balance une série de facteurs parmi lesquels figurent au premier plan le rôle joué par la mesure d'application dans le respect de la loi ou du règlement en question, l'importance de l'intérêt commun ou des valeurs communes qui sont protégés par cette loi ou ce règlement et l'incidence concomitante de la loi ou du règlement sur les importations ou les exportations* »³⁸⁶ et que « *C'est sur la base de ce "sous-pesage et [de cette] mise en balance" et de la comparaison des mesures, compte tenu des intérêts ou*

³⁸³ S. ROUX-VAILLARD, « Jurisprudences française et américaine comparées en matière de conditions de brevetabilité », Presses universitaires de Strasbourg, 2003, pp. 288 et s.

³⁸⁴ OMC, « Rapport du Groupe Spécial du GATT », 7 novembre 1990, IBDD, DS10/R-37S/200, note 2, §75.

³⁸⁵ Sur le test de proportionnalité dégagé de la jurisprudence communautaire, cf. K. BARTENSTEIN, « L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », Les Cahiers du droit, 2002, vol. 43, pp. 676 et s.

³⁸⁶ OMC, « Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf », 11 décembre 2000, WT/DS161/AB/R, §164.

*valeurs en jeu, qu'un groupe spécial détermine si une mesure est "nécessaire" ou à titre subsidiaire, si une autre mesure, compatible avec les règles de l'OMC, est "raisonnablement disponible »*³⁸⁷.

Le maquillage des exceptions à la brevetabilité sous la forme d'un pis-aller est alors fortement critiquable car elle efface le rapport entre la mesure et l'objectif poursuivi par l'Etat. En effet, si une mesure devient dispensable à mesure qu'il en existe une alternative moins incompatible avec le GATT, la mesure la moins restrictive ne sera certainement pas la plus efficace.

Rappelons alors que les exceptions de l'article 27.2 de l'Accord sur les ADPIC se fondent sur l'exploitation commerciale de l'invention et non l'invention elle-même. Il existera donc toujours une alternative moins restrictive qui consistera à accorder la brevetabilité à une invention quitte à déclarer l'illégalité de son exploitation. Cette position dénature alors toute la construction juridique liée à la distinction entre la légalité et la licéité/moralité de l'exploitation de l'invention que nous avons mise à jour précédemment.

2 – Les exclusions particulières

182. La marge de manœuvre dans l'établissement des exclusions. L'article 27.3 dispose deux catégories d'exceptions ciblées qu'il ne convient pas de justifier de la même manière que celle prévue à l'article 27.2. Il est cependant nécessaire de souligner que leur portée diffère selon l'interprétation qui en a été donnée. Ainsi, Andreas HEINEMANN³⁸⁸ a-t-il relevé que les Etats-Unis ont finalement levé leur veto sur ce texte pour deux raisons : d'une part cette disposition prévoit que l'exclusion de la brevetabilité est facultative, d'autre part, elle a servi de monnaie d'échange contre la position du Canada sur la question des licences obligatoires, d'une importance décisive pour l'établissement de l'ALENA. En effet, la marge de manœuvre accordée par le texte explique les différences de législations entre les Etats-membres de l'OMC.

³⁸⁷ OMC, « Etats-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontalières de services de jeux et paris », op. cit, §307.

³⁸⁸ A. HEINEMANN, « Trade-related aspects of intellectual property rights : report on the 9th Ringberg Symposium from July 6 to 8, 1995, in From GATT to TRIPS – The agreement on Trade-Related Aspects of intellectual property rights », op. cit., p. 416

Concernant les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des êtres humains ou des animaux, nous distinguons entre :

- Les Etats qui excluent la brevetabilité de ces inventions sur les considérations d'ordre public énoncés à l'article 27.2 de l'Accord sur les APDIC. Comme déclare le Comité permanent du droit des brevets, *« cette exclusion se fonde sur des considérations d'ordre humanitaire et de santé publique : les nouvelles techniques dans le domaine des méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales doivent être diffusées aussi largement que possible parmi le corps médical et vétérinaire sans craindre d'éventuelles atteintes aux brevets »*³⁸⁹.
- Les Etats qui excluent la brevetabilité de ces inventions considérant qu'elles ne satisfont pas la condition d'application industrielle. A ce titre, selon l'article 52-4 de la Convention de Munich de 1973 : *« ne sont pas considérées comme des inventions susceptibles d'application industrielle [...] les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain ou animal »*. Cette solution paraissait alors contestable car elle contredisait la logique de définition de l'invention en dehors des conditions de brevetabilité que nous avons mis en place : comme l'énonce à raison Frédéric POLLAUD-DULIAN : *« les méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique ou de diagnostic ne sont, nous semble-t-il, pas plus des inventions au sens de l'article L611-10-2 du Code de la propriété intellectuelle ou 52-2 de la Convention sur le brevet européen, que les méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques »*³⁹⁰. Pourtant, la Chambre des recours techniques de l'OEB a adopté à plusieurs reprises la position inverse : *« selon elle, les méthodes de traitement thérapeutique sont, en fait, des inventions susceptibles d'application industrielle et ce n'est que par une 'fiction juridique' qu'elles ne sont pas considérées comme telles par l'article 52-4 de la Convention de Munich »*³⁹¹. Heureusement, l'acte du 29 novembre 2000 portant révision de la Convention, entré en vigueur en 2007, corrige cette erreur en réorientant l'article 53 sur l'exclusion de la brevetabilité plutôt que sur les conditions de brevetabilité.

³⁸⁹ OMPI, « Exclusions de la brevetabilité et exceptions et limitations relatives aux droits », op. cit., §53.

³⁹⁰ F. POLLAUD-DULIAN, « La brevetabilité des inventions – Etude comparative de jurisprudence France/OEB », op. cit., p. 61.

³⁹¹ Ibid.

- Les Etats-Unis qui accordent la brevetabilité aux procédés médicaux et chirurgicaux. En effet, l'absence de disposition expresse concernant les exclusions, la définition positive de l'invention de la section 101 du Chapitre 35 du Code fédéral des Etats Unis, et l'acceptation large du critère d'utilité par rapport à celui d'application industrielle, ne fournissent aucune base légale aux autorités américaines pour exclure ces inventions de la brevetabilité, au même titre que les logiciels et les méthodes commerciales³⁹². Une réserve se fonde quand même sur les considérations d'ordre public : aucun recours ne peut être formé en cas de violation des droits exclusifs par un médecin dans l'exercice de ses fonctions.

Concernant la brevetabilité des végétaux et animaux, par interprétation du questionnaire posé au membre de l'OMPI le 6 avril 2001³⁹³ et selon John Walker BAXTER³⁹⁴, nous distinguons :

- Les Etats qui prévoient des dispositions particulières pour l'octroi de brevets sur les végétaux et animaux³⁹⁵. Cette position est évidente pour les Etats-Unis, le Japon et la Suisse qui s'étaient déjà prononcés en faveur d'une protection par le brevet applicable à toutes les inventions³⁹⁶. Pour les Etats qui au contraire excluent la brevetabilité des végétaux et animaux, l'étude de sa portée exige une connaissance approfondie de la législation dans son ensemble car s'il existe des dispositions expresses³⁹⁷ qui témoignent des différences de perception de l'article 27.3 de l'Accord sur les ADPIC, cette exclusion peut se cacher dans d'autres textes : l'exclusion des découvertes, la

³⁹² Sur la brevetabilité des logiciels et des méthodes commerciales, cf. n°179 et s.

³⁹³ OMPI, « Information communiquée par les Etats-membres de l'OMPI sur les pratiques relatives à la protection des inventions biotechnologiques », 6 avril 2001, OMPI/GRTKF/IC/1/6.

³⁹⁴ J-W. BAXTER, J-P. SINNOTT, et W-J COTREAU, « World patent law and practice », Matthew Bender, 1998, p. 1-41 à 1-54.

³⁹⁵ A titre d'exemple, nous avons : L'Afrique du Sud, l'Australie, le Canada, la Chine, la Corée, l'Espagne, les Etats-Unis, la Russie, la Finlande, la France, la Grande-Bretagne, la Hongrie, l'Italie, le Japon, le Kazakhstan, le Kirghizistan, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, les pays membres du Pacte Andin, le Panama, la République Tchèque, la Suisse et Taïwan

³⁹⁶ J. STRAUSS, « Implications of the TRIPS Agreement in the field of patent law, in GATT to TRIPS – The agreement on Trade-Related Aspects of intellectual property rights », Max Planck Institute, 1996, p. 181.

³⁹⁷ OMPI, « Exclusions de la brevetabilité et exceptions et limitations relatives aux droits », op. cit., §63 : « ces dispositions peuvent être libellées de la manière suivante : 'végétaux et animaux à l'exception des micro-organismes' ; 'végétaux et animaux ou parties de végétaux ou animaux autres que les micro-organismes, mais comprenant les semences, les variétés et les espèces' ; 'matières et substances vivantes existant à l'état naturel' ; 'matériel biologique et génétique existant à l'état naturel ou obtenu par reproduction' ; 'matériel biologique à l'état naturel' ; 'êtres vivants, ou parties d'êtres vivants, autres que les micro-organismes transgéniques' ; 'être vivants à l'état naturel ou parties d'être vivants et matériel biologique, y compris le génome ou le germoplasme de tout être vivant à l'état naturel, se trouvant dans la nature ou isolé de la nature' ».

non-satisfaction des critères de brevetabilité, le non-respect des valeurs éthiques et morales...

- Les Etats qui prévoient la protection des variétés végétales au titre du droit ordinaire des brevets³⁹⁸. Certains d'entre eux (Belgique, France, Nouvelle-Zélande) superposent la protection par le droit des brevets à celle prévue par une loi particulière sur les obtentions de variétés végétales. Nous remarquerons alors une dissension entre l'Allemagne, l'Autriche la France et l'OEB, les trois Etats ne considérant pas l'article 53(b) de la Convention de Munich selon lequel : « *les brevets européens ne seront pas délivrés pour : les variétés végétales ou les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux* ».
- Les Etats qui excluent la protection des végétaux et des variétés végétales par le droit ordinaire des brevets mais qui ont adhéré à l'UPOV³⁹⁹. Rappelons en effet que si la protection des végétaux et animaux accordée est facultative, l'article 27.3 de l'Accord sur les ADPIC énonce l'obligation pour tous les Etats-membres de prévoir une protection des variétés végétales soit par le brevet, soit par un système *sui generis* efficace. Le texte ne mentionne pas expressément la convention UPOV qui jouit d'une forte présomption de l'efficacité exigée. Il reste donc loisible à chaque Etat de créer son propre type de protection, notamment en tenant compte de l'Engagement international sur les ressources phytogénétiques de la FAO ou la Convention de Rio sur la diversité biologique.

183. Réexamen de l'article 27.3 de l'Accord sur les ADPIC. La révision de l'article 27.3 amorcée en 1999 conformément à son contenu (« *les dispositions du présent alinéa seront réexaminées quatre ans après la date d'entrée en vigueur de l'accord sur les ADPIC* ») est aujourd'hui l'un des exemples les plus marquants des difficultés d'harmonisation au sein de

³⁹⁸ A titre d'exemple, nous avons : L'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, Cuba, la France, la Hongrie, le Japon, le Mexique la Corée du Sud, la Suisse et le Vietnam.

³⁹⁹ A titre d'exemple, nous avons : le Danemark et la Slovaquie.

l'OMC qui souffre depuis plus de dix ans des blocages de négociations⁴⁰⁰ en matière de propriété intellectuelle.

La déclaration ministérielle de Doha s'est saisie de la question en énonçant dans son paragraphe 19 la nécessité d'examiner la relation de l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, et en rappelant les objectifs de développement et les principes prévus par les articles 7 et 8 de l'Accord. Dans les rapports de 2006⁴⁰¹ et de 2011⁴⁰², nous constatons que les délégations sont divisées « *sur l'interprétation du mandat de 2001 — le point de savoir si elles relèvent ou non des négociations — ainsi que sur le fond* »⁴⁰³.

Brièvement⁴⁰⁴, les positions des délégations peuvent se résumer ainsi :

- Il existe un conflit entre les deux traités qui ne disparaîtra qu'après la révision de l'Accord sur les ADPIC⁴⁰⁵. Les tenants de cette position font valoir que l'appropriation des matières génétiques par des parties privées (conformément à l'absence d'interdiction formelle prévue dans l'Accord sur les ADPIC) est incompatible avec les droits souverains des pays sur leurs ressources génétiques. Un autre argument est l'absence de consentement préalable et le partage des profits comme le prévoit la Convention sur la diversité biologique. Les suggestions ont donc été d'exclure la brevetabilité de toutes inventions non compatibles avec l'article 15 de la Convention sur la diversité biologique.
- Il n'existe aucun conflit entre les deux instruments qui peuvent être mis en œuvre parallèlement et de manière à se renforcer mutuellement. Selon les tenants de cette position, l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique traitent de deux objets différents. Ainsi, l'octroi d'un brevet sur les matières vivantes n'entre

⁴⁰⁰ Déclaration de Pascal LAMY pour l'ambassadeur Yonov Frederick AGAH, audio, http://www.wto.org/audio/2012_12_07_tnc_lamy_for_agah.mp3 (consulté le 1^{er} juillet 2016).

⁴⁰¹ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique – Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », 8 février 2006, IP/C/W/368/Rev.1.

⁴⁰² OMC, « Questions relatives à l'extension de la protection des indications géographiques prévues à l'article 23 de l'Accord sur les ADPIC à des produits autres que les vins et les spiritueux et questions relatives à la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique », 21 avril 2011, WT/GT/W/633.

⁴⁰³ http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/art27_3b_background_f.htm (consulté le 1^{er} juillet 2016).

⁴⁰⁴ Nous étudierons plus précisément la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique dans le chapitre « La déformation du droit matériel des brevets, l'exemple de la biodiversité ».

⁴⁰⁵ Sur ce point, cf. V. TEJERA, « Tripping over property rights : is it possible to reconcile the Convention on biological diversity with article 27 of TRIPS Agreement ? », *New England Review*, 1999, pp. 983-985 ; I. MGBEOJI, « Global biopiracy : Patent, Plants, and Indigenous Knowledge », UBC Press, 2006, p. 128 ; C. OGUAMANAM, « International law and indigenous knowledge : intellectual property, plant biodiversity and traditional medicine », University of Toronto Press, 2006.

pas dans le cadre des droits souverains des pays sur leur matériel génétique puisque l'application correcte des conditions de brevetabilité (notamment la condition de nouveauté) assure à elle-seule leurs validités⁴⁰⁶. De même, les Etats-Unis assurent l'inexistence d'exemple précis de conflit⁴⁰⁷.

- Enfin, il y a un conflit possible entre les deux instruments qui ne nécessite pas la modification de l'Accord sur les ADPIC⁴⁰⁸, mais qui doit être éclairci afin d'assurer une mise en œuvre parallèle. Les tenants de cette position assurent alors qu'il existe un chevauchement dans l'objet des deux traités qui doivent interagir. L'avantage de cette position est qu'elle prend en compte, dans l'application des deux traités, que certains membres de l'OMC, à l'exemple des Etats-Unis, ne sont pas membres de la Convention de Rio et n'ont alors pas l'obligation de l'appliquer.

Section 2 – Les conditions de brevetabilité

184. Invention et conditions de brevetabilité. Les nombreuses références aux conditions de brevetabilité que nous avons dû faire lors de l'étude de la définition de l'invention nous montrent que les deux notions ne sont pas clairement distinctes. Cette confusion peut être d'origine historique, comme nous le montre l'exemple du caractère industriel qui définissait l'invention alors que la condition d'application industrielle qui en a découlé définit la brevetabilité. Elle peut également être terminologique, comme nous le montre l'exemple de la condition d'activité inventive inhérente à toute invention. Pourtant, ces conditions ont pour objet de définir non pas l'invention, mais sa brevetabilité.

185. Historique. Nous remarquons que la concurrence entre les Etats-Unis et l'Europe dans l'exportation des conditions de brevetabilité est assez récente, étant donné leur quasi-identité lors de la première moitié du XXe siècle. La distinction pouvait alors être effectuée entre le droit occidental des brevets et le droit soviétique des inventions. En effet, alors que la majorité

⁴⁰⁶ Sur ce point, cf. les déclarations de la délégation des Etats-Unis : IP/C/W/209, IP/C/W/162, IP/C/M/46, §24, IP/C/M/25, §71.

⁴⁰⁷ Etats-Unis, IP/C/W/209, IP/C/W/162, IP/C/M/29, §181.

⁴⁰⁸ V. TEJERA, « Tripping over property rights : is it possible to reconcile the Convention on biological diversity with article 27 of TRIPS Agreement ? », op. cit., p. 984.

des pays membres de la Convention de l'Union de Paris ont, sous le rayonnement juridique européen et américain, tout de suite adopté les conditions de brevetabilité traditionnelles de l'époque – soit la nouveauté inventive et le caractère industriel de l'invention – l'Union soviétique s'est démarquée⁴⁰⁹ en introduisant les principes fondamentaux du socialisme dans son système de protection des inventions, par la promulgation de l'ordonnance du 9 avril 1931, modifiée par l'ordonnance du 24 avril 1959. Cette dernière énonçait alors dans son article 3 qu' « *est considérée comme une invention une solution d'un problème technique dans n'importe quel domaine de l'économie nationale, de la culture, de la protection de la santé ou de la défense nationale, caractérisée par une nouveauté essentielle et qui produit un effet positif* ». La nouveauté essentielle se distinguait alors de la nouveauté inventive. D'une part, elle était appréciée par la comparaison objective des données concrètes que sont l'invention proposée et de celle constituant l'antériorité – le « *Vorbild* » en allemand. D'autre part, elle excluait la subjectivité de l'homme du métier dont la fiction caractérisait l'examen de la nouveauté dans les pays occidentaux. L'URSS s'est alors présentée comme le précurseur d'un examen objectif de la nouveauté, tel qu'il aura été effectué ailleurs dans le monde après l'apparition de la condition d'activité inventive⁴¹⁰. De même, l'effet positif se distinguait du caractère industriel de l'invention en ce qu'il présentait un aspect non seulement technique mais aussi économique par la comparaison des avantages et des inconvénients de la mise en œuvre de l'invention⁴¹¹.

Il aura alors fallu attendre l'évolution des conditions de brevetabilité en Europe à partir de 1960 et la chute du régime soviétique pour retrouver le jeu de concurrence que nous connaissons aujourd'hui. Si les lois américaines et européennes connaissent toutes deux la division de la condition de nouveauté inventive en deux nouvelles conditions – la nouveauté et l'activité inventive – la transformation du caractère industriel en condition d'application industrielle, et par conséquent l'abandon du critère du mérite de l'invention, ne se retrouve pas dans la condition d'utilité américaine qui conserve son acception originelle.

⁴⁰⁹ Sur le rejet de la conception occidentale de la brevetabilité en URSS : J. SCHIMDT-SZALEWSKI, « Traits originaux du système de protection des inventions », *Revue internationale de droit comparé*, 1970, vol.22, n°3, p. 506.

⁴¹⁰ Rappelons en effet qu'aujourd'hui, la fiction de l'homme du métier n'est utilisée que dans le cadre de l'examen de la condition d'activité inventive.

⁴¹¹ M. HIANCE et Y. PLASSERAUD, « La protection des inventions en Union Soviétique et dans les Républiques populaires d'Europe », *op. cit.*, p. 77.

186. L'Accord sur les ADPIC. Autant avec l'exportation du droit européen qu'américain à travers le monde, les nouvelles conditions de brevetabilité établies depuis 1960 sont devenues la base du droit international des brevets. L'article 27.1 de l'Accord sur les ADPIC dispose que : « sous réserve des dispositions des paragraphes 2 et 3, un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit d'application industrielle ». Cet article, qui s'inspire largement de l'article 10 d'un projet antérieur de rédaction du PLT, reprend donc les conditions traditionnelles que sont la nouveauté (I), l'activité inventive (II), et l'application industrielle (III).

I – La nouveauté

187. Plan. L'invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique. Le rôle de l'antériorité accessible au public dans la destruction de la nouveauté ne porte plus aujourd'hui à controverse notamment en ce qui concerne sur ses caractères complet et certain. Les derniers mouvements d'harmonisation internationale dans ce domaine résultent de la modification de la loi américaine qui a élargi les frontières de la nouveauté par l'adoption du *first-to-file* (a) et de la nouveauté absolue (b).

A – Antériorité au dépôt et antériorité à l'invention

188. Importance de la date de référence. Aujourd'hui, dans tous les pays du monde, si l'inventeur reste le titulaire de l'invention, le brevet est attribué au premier déposant. Cette solution s'est imposée suite à la confrontation des législations américaine, canadienne et philippine d'une part, et du reste du monde d'autre part, concernant la prise en compte de la date de dépôt ou de la date d'invention comme référence temporelle à l'examen de la brevetabilité. En effet, de ce choix dépendent deux situations :

- D'une part, cette date détermine l'existence des antériorités comprises au sein de l'état de la technique. L'exemple qui nous est le plus facile à appréhender est encore la loi française, et l'article L.611-11 du Code de la propriété intellectuelle, selon lequel : « *l'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet...* ». La date de dépôt est donc une

référence temporelle obligatoire pour l'appréciation de la nouveauté. Ce système a alors l'avantage de la simplicité car il revient à lire la date du tampon, parfaitement identifiable, apposée par l'office compétent, à moins d'apporter la preuve de l'existence d'un délai de grâce ou de priorité. L'ancien système américain, prévu à la section 35USC102a)⁴¹², a quant à lui préféré se référencer à la date d'invention qui, selon la Cour Suprême, est un système récompensant l'inventeur, assurant la divulgation des inventions et protégeant le contenu du domaine public⁴¹³. Cependant, les événements auxquels se réfèrent les juges américains pour déterminer la date d'invention sont multiples et très souvent imprécis : alors qu'en 1897⁴¹⁴, les juges se contentaient de vérifier la conception théorique de l'invention, cette dernière étant suffisante pour qu'un homme du métier la réalise, une mise en œuvre effective – réelle⁴¹⁵ ou virtuelle⁴¹⁶ – fut exigée au XXe siècle. nous critiquons cependant vivement l'instabilité juridique liée à l'absence de date fixe avant sa détermination par le juge – ou l'examineur de l'office américain des brevets – qui ne permet pas de déterminer efficacement l'existence de l'antériorité.

- D'autre part, cette date détermine également l'existence du droit au brevet, ce dernier devenant lui-même une antériorité opposable lors de l'examen de la nouveauté de demandes futures. Ainsi, dans les pays ayant adopté le système du *first-to-invent*, le brevet est attribué à celui qui apporte la preuve de la date d'invention la plus ancienne, et dans les pays adoptant le système du *first-to-file*, le brevet est attribué à celui qui bénéficie de la date de dépôt la plus ancienne.

189. Le Canada. Afin de mieux comprendre le phénomène d'harmonisation du droit des brevets, il est intéressant de se référer à l'expérience des pays qui ont opéré le passage du *first-to-invent* au *first-to-file*. Le premier d'entre eux est le Canada dont la nouvelle section 28.2 est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1989.

⁴¹² 35USC102a) : « the invention was known or used by others in this country, or patented or described in a printed publication in this or a foreign country, before the invention thereof by the applicant for patent ».

⁴¹³ Aronson v/s Quick Point Pencil Company, [1979] 201 USPQ 1.

⁴¹⁴ Mergenthaler v/s Scudder, [1897] 11 AppDC 264.

⁴¹⁵ Corona Cord Tire Company v/s Dovan Chem Corporation, [1928] 276 US 358 ; Popeil Bros Inc v/s Shick Electric Inc, [1974] 181 USPQ 482.

⁴¹⁶ McDonnell Douglas Corporation v/s United-State, [1982] 214 USPQ 857.

D'un point de vue contextuel, le passage du système du *first-to-invent* au *first-to-file* a échappé à toute controverse, l'attention politique et médiatique ayant été principalement portée sur le thème plus conflictuel du brevet pharmaceutique et la mise en conformité des lois canadiennes et américaines dans le cadre des négociations de l'ALENA. Cependant, comme l'énonce Robin COSTER, il est tout à fait probable que cette modification n'ait pas été controversée étant donné l'expérience des industries canadiennes qui avaient elles-mêmes adopté le système du *first-to-file* avant la promulgation officielle de la loi, par simple mise en conformité avec la pratique du Japon, dont le marché économique était fortement convoité⁴¹⁷. Le résultat de la loi de 1987 est alors né du calcul de la balance des intérêts des industries canadiennes dans les marchés économiques japonais et américains : alors que le système du *first-to-file* favorisait le dépôt de brevet au Japon par l'inventeur canadien, le système du *first-to-invent* s'était très vite confronté à la section 35USC104 selon laquelle, l'office américain des brevets ne pouvaient prendre en compte pour déterminer la date de conception d'une invention même étrangère, que des événements ayant eu lieu sur le territoire des Etats-Unis jusqu'en 1995, et sur le territoire des Etats-membres de l'OMC jusqu'en 2013.

190. Les USA. La réforme a en effet été fortement débattue aux Etats-Unis et a abouti, après un lobbying intense et plus de cinq campagnes législatives en six ans, par l'adoption le 16 septembre 2011 du *Leahy-Smith American Invents Act*. Par cette réforme, les Etats-Unis ont opéré une importante évolution en faveur de l'harmonisation internationale du droit des brevets, en abandonnant le système du *first-to-invent* dont ils étaient les derniers représentants, au profit d'un système dit de *first-inventor-to-file*. Ainsi, le droit au brevet américain est attribué au premier déposant, ce dernier devant tout de même avoir la qualité d'inventeur authentique. Si la loi nouvelle ne règle pas le rejet du dépôt par une personne morale aux Etats-Unis, elle a pour principal effet de prendre en compte la date de dépôt dans la recherche des antériorités. Ainsi disparaissent les procédures d'interférence, souvent critiquées pour leur coût et leur complexité, dont l'objet était de rechercher, en cas d'invention simultanée, qui était le premier inventeur. La référence à l'inventeur, chère aux Etats-Unis, se manifeste tout de même par la mise en place de procédures tout aussi exceptionnelles par rapport au reste du monde : les procédures de dérivation dont l'objet

⁴¹⁷ <http://www.torys.com/Publications/Documents/Publication%20PDFs/ARTech-19T.pdf> (consulté le 1er juillet 2016)

concerne les inventions dont le déposant ne serait pas le premier inventeur, et qui seraient dérivées d'une invention née antérieurement mais déposée postérieurement.

B – Nouveauté relative et nouveauté absolue

192. Silence des conventions internationales. Il aurait été logique que, dans une optique d'harmonisation internationale du droit des brevets, les conventions internationales prévoient que la nouveauté requise lors de la vérification de la brevetabilité d'une invention soit absolue et qu'elle se fonde sur un état de la technique aux contours temporels et géographiques illimités. Cependant, il n'en est rien. L'article 27.1 de l'Accord sur les ADPIC élude la question et ne définit ni la condition de nouveauté, ni l'état de la technique. De même, bien que l'article 8 du projet SPLT prévoie dans son alinéa 1^{er} une définition large de l'état de la technique que nous apprécions⁴¹⁸, l'introduction d'un caractère facultatif via l'alinéa 2 en cours de négociation laisse la possibilité pour de nombreux Etats de conserver le système de la nouveauté relative⁴¹⁹ en considération d'un territoire ou d'une époque déterminé. Il faut alors regarder de plus près les législations nationales pour déterminer la tendance actuelle :

192. Prédominance de la nouveauté absolue⁴²⁰. Dans son rapport du 2 novembre 2001⁴²¹, l'OMPI a constaté que sur quarante-huit⁴²² entités interrogées, quarante-six ont adopté la

⁴¹⁸ « L'état de la technique, par rapport à une invention revendiquée, comprend toute information qui a été mise à la disposition du public en quelque lieu du monde et sous quelque forme que ce soit [conformément aux prescriptions du règlement d'exécution.] avant la date de priorité de l'invention revendiquée ».

⁴¹⁹ « Toute partie contractante est libre d'exclure de l'état de la technique les éléments mis à la disposition du public, par communication orale, par présentation ou par utilisation, en un lieu ou dans un espace qui ne relève pas de sa souveraineté ou dans le cas d'une organisation intergouvernementale, de la souveraineté de l'un de ses membres ».

⁴²⁰ Nous traiterons avant tout de la nouveauté dans l'espace. Concernant la nouveauté dans le temps, s'il va de soi qu'une antériorité ne peut intervenir qu'antérieurement à la date de dépôt d'une demande de brevet, aucune loi à ce jour ne prévoit de dates précises limitant l'ancienneté de l'état de la technique, ce qui signifie qu'une antériorité peut être opposée indéfiniment dans le temps. Une mention peut être faite à titre d'exemple pour la loi est-allemande de 1950, la loi ouest-allemande de 1967 et la loi hongroise de 1967 prévoyant que seules les publications datant de moins d'une centaine d'années pouvaient constituer une antériorité valable à la destruction de la nouveauté. Ces lois ne sont plus en vigueur aujourd'hui.

⁴²¹ OMPI, « Informations communiquées par les membres du comité permanent du droit des brevets en ce qui concerne la définition de l'état de la technique », SCP/6/INF/2, 2 novembre 2001.

⁴²² Ces pays sont : Allemagne, Algérie, Australie, Autriche, Barbade, Belize, Biélorussie, Burkina-Faso, Canada, Chypre, Congo, Costa Rica, Croatie, Cuba, Espagne, Estonie, Etats-Unis, Ex-république yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Finlande, France, Ghana, Grèce, Hongrie, Irlande, Japon, Lituanie, Maroc, Maurice, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande, Panama, Philippines, Portugal, République de Corée,

nouveauté absolue comme condition de brevetabilité : « *En outre, en ce qui concerne le lieu de divulgation, les réponses indiquent expressément à une large majorité que toute forme de divulgation, où que ce soit dans le monde, fait entrer l'élément dans l'état de la technique. Quelques réponses ne spécifient pas de conditions en ce qui concerne le lieu de divulgation de l'information. Un pays a indiqué que, pour ce qui est des inventions connues ou réalisées publiquement, ces inventions n'entrent dans l'état de la technique que si elles sont connues du public ou utilisées publiquement dans ce pays*⁴²³. Un autre pays⁴²⁴ a répondu qu'une utilisation antérieure ayant eu lieu en dehors de son territoire ne fait pas entrer l'information dans l'état de la technique, sauf si elle est documentée »⁴²⁵. En tenant compte de l'évolution récente des lois américaine et asiatiques, nous classerons ces pays de la manière suivante :

193. L'office européen des brevets. En énonçant qu' « *Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique ; L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet européen par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen ; Est également considéré comme compris dans l'état de la technique le contenu de demandes de brevet européen telles qu'elles ont été déposées, qui ont une date de dépôt antérieure à celle mentionnée au paragraphe 2 et qui n'ont été publiées qu'à cette date ou à une date postérieure* », l'article 54 de la Convention de Munich est aujourd'hui le meilleur exemple de formulation de la nouveauté absolue⁴²⁶, inspirant à la fois les lois nationales des pays européens – prenons en exemple l'article L.611-11 du Code français de la propriété intellectuelle⁴²⁷ ou l'article 5 de la loi belge sur les brevets d'invention du 28 mars 1984⁴²⁸ –

République Kirghize, République de Moldova, République de Slovénie, République Tchèque, Roumanie, Sénégal, Slovaquie, Suède, Suisse, Turquie, OEAB et OEB.

⁴²³ Position des Etats-Unis.

⁴²⁴ Position de la République de Corée.

⁴²⁵ OMPI, « Informations communiquées par les membres du comité permanent du droit des brevets en ce qui concerne la définition de l'état de la technique », op. cit., §.6.

⁴²⁶ F. POLLAUD-DULIAN, « La brevetabilité des inventions, Etude comparative de jurisprudence France – OEB », op. cit, p.89 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Nouveauté », J.-Cl. Brevet, fasc. 170, 1992.

⁴²⁷ « *L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen ; est également considéré comme compris dans l'état de la technique le contenu de demandes de brevet français et de demandes de brevet européen ou international désignant la France, telles qu'elles ont été déposées, qui ont une date de dépôt antérieure à celle [de la demande de brevet] et qui n'ont été publiées qu'à cette date ou qu'à une date postérieure* » ; Cour d'Appel de Paris, 11 mai 1976, Annales 1977, p.101 : La cour interprète l'article L611-11 de la manière suivante : « *La mise à disposition du public, qui détruit la nouveauté, peut être faite sous une forme quelconque, par une personne quelconque, en un temps et un lieu quelconque* ».

et les conventions internationales – dont l'article 8 du projet SPLT. L'intérêt de cet article est de prendre en compte à la fois les informations qui ont été mises à disposition du public par tout moyen et les informations contenues dans les demandes de brevets déposées mais en cours de publication.

194. Les pays issus de la chute de l'URSS. La fédération de Russie, les ex-républiques populaires d'Europe de l'Est et les pays-membres de l'OEAB ont conservé l'héritage socialiste qui exigeait, dès le décret de Lénine du 30 juin 1919, modifié par l'ordonnance du 24 avril 1959, une nouveauté absolue essentielle aux objectifs politiques de l'URSS inhérents à la guerre froide. Ainsi, à la lecture des articles 35⁴²⁹ et 36⁴³⁰ de l'ordonnance de 1959, toute mise à disposition du public, quels que soient sa forme ou le pays dans lequel elle a eu lieu, était considérée comme un obstacle à l'obtention d'un certificat d'auteur dès qu'elle était rendue accessible à un certain nombre de personnes. Cette dernière précision, selon Martine HIANCE et Yves PLASSERAUD, signifiait que *« le fait de porter une invention à la connaissance de personnes qui, par leurs fonctions, y ont nécessairement accès n'[était] pas considéré comme étant une divulgation de l'invention. Ceci se [comprendait] aisément compte tenu du caractère collectif du travail accompli à tous les échelons »*⁴³¹. Une mention pourra tout de même être faite concernant la Yougoslavie⁴³² et la Pologne⁴³³ qui, sous l'ère soviétique, privilégiaient une forme de nouveauté relative en prenant en compte les publications effectuées dans le monde entier et les utilisations effectuées uniquement sur leur

⁴²⁸ « L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen... Est également considéré comme compris dans l'état de la technique le contenu de demandes de brevet européen ou internationales désignant la Belgique, telles qu'elles ont été déposées, qui ont une date de dépôt antérieure à [la date de dépôt de la demande de brevet] et qui n'ont été publiées qu'à cette date ou une date postérieure ». Civ. Liège, 16 décembre 2005, R.G. 2004/5800/A : Le Tribunal a déclaré que « tout » ce qui était accessible au public constituait une antériorité valable.

⁴²⁹ « Les antériorités opposables à l'obtention d'un certificat d'auteur ou d'un brevet soviétique sont : les certificats d'auteur et les brevets soviétiques, pré-soviétiques et étrangers, délivrés antérieurement ; les demandes déposées antérieurement ; la littérature nationale et étrangère ; les rapports publiés par les instituts de recherche scientifique et par les bureaux d'étude ; les travaux acceptés à l'occasion de concours ; les thèses ; et également les informations relatives à l'application des inventions ».

⁴³⁰ « Il ne sera pas délivré de certificat d'auteur si l'objet de l'invention présumée a été divulgué avant le dépôt de la demande par les sources mentionnées à l'article 35 ou d'une autre façon, de telle sorte que la réalisation en soit devenue possible ».

⁴³¹ M. HIANCE et Y. PLASSERAUD, « La protection des inventions en Union soviétique et dans les républiques populaires d'Europe », op. cit., p. 74.

⁴³² Article 12 de la loi yougoslave de 1960.

⁴³³ Articles 13 et 17§2-3 de la loi polonaise de 1962.

territoire respectif. Ces dispositions ont aujourd'hui disparu au profit d'une harmonisation européenne sous l'influence de l'OEB.

195. Les pays asiatiques. D'un point de vue historique, les pays asiatiques ont longtemps privilégié une nouveauté relative en différenciant les publications – pouvant être effectuées dans le monde entier – et les utilisations – n'étant effectuées que sur leur territoire respectif. Ainsi l'article 29 de l'actuelle loi japonaise sur les brevets qui prévoyait comme obstacle à la nouveauté « *les inventions qui ont été publiquement connues au Japon avant le dépôt de la demande de brevet [et] les inventions qui ont été travaillées au Japon avant le dépôt de la demande de brevet* » a-t-il été modifiée pour prendre en compte les inventions connues ou travaillées « *au Japon ou ailleurs* ». Cette même modification a été opérée en Corée par la loi du 3 mars 2006 qui dispose aujourd'hui que les obstacles à la nouveauté sont : « *la connaissance publique ou l'exploitation publique antérieure en Corée ou dans un pays étranger quelconque avant le dépôt de la demande [et] la description dans des publications distribuées en Corée ou dans un pays étranger quelconque ou bien la connaissance et l'utilisation publique par l'intermédiaire des réseaux électroniques avant le dépôt de la demande de brevet* ». La Chine suivra ce mouvement en modifiant sa loi sur les brevets le 1^{er} octobre 2009 dans des termes comparables.

196. Les Etats-Unis. Les Etats-Unis ont été jusqu'au 16 mars 2013 le dernier pays à considérer qu'une antériorité divulguée en n'importe quel lieu n'était pas forcément une antériorité valable, considérant alors la nouveauté comme relative. Comme l'énonce Stanislas ROUX-VAILLARD, « *la lecture de [l'ancienne] section 35USC§102 n'est pas aisée. Les alinéas 102(a) et 102(g) [énuméraient] les antériorités destructrices de nouveauté à proprement parler... Si la deuxième moitié de la section 102(a) [prenait] en compte les inventions brevetées ou décrites dans un publication imprimée aux Etats Unis ou à l'étranger, l'alinéa 102(g) [n'incluait] que les inventions non brevetées faites par un tiers aux Etats-Unis, et la première moitié de l'alinéa 102(a) [n'englobait] que les inventions déjà connues*

ou utilisées par un tiers aux Etats-Unis »⁴³⁴. L'appréciation de nouveauté s'effectuait donc tantôt en fonction de l'état de la technique aux Etats-Unis, tantôt en fonction de l'état de la technique mondial. Pourtant si ces dispositions se justifiaient par la difficulté par les difficultés d'information concernant l'usage dans un pays étranger et par les procédures d'interférences liés au principe du *first-to-invent*, elles nous semblent aujourd'hui anachroniques.

L'entrée en vigueur le 16 mars 2013 de l'*America Invent Act* adopté le 16 septembre 2011 ne s'est pas contentée d'opérer le passage du *first-to-invent* au *first-to-file*⁴³⁵, puisqu'il semble également anéantir le dernier rempart contre la nouveauté absolue par la réécriture complète de la section 102. Ainsi, le nouveau paragraphe 102(a) dispose que : « *L'invention revendiquée a été brevetée, a été décrite dans une publication imprimée, ou a fait dans un usage public, en vente ou autrement disponible au public avant la date de dépôt effective de l'invention revendiquée ; Ou, l'invention revendiquée a été décrite dans un brevet délivré en vertu de l'article 151 ou dans une demande de brevet publiée ou réputée publiée en vertu de l'article 122 (b), dans laquelle le brevet ou la demande, le cas échéant, nomme un autre inventeur et a été effectivement déposé(e) avant la date de dépôt effective de l'invention revendiquée* » (traduction). Bien qu'il nous faille souligner l'absence de restriction territoriale dans la définition de l'état de la technique, remarquons que la formulation de cette nouvelle disposition n'a pas suivi les exemples européens et asiatiques qui ont repris la mention « [nom du pays] ou ailleurs ». Cela ne nous empêchera cependant pas de l'interpréter de manière absolue. Ainsi, aujourd'hui, un usage public ou une mise en vente où que ce soit dans monde constituerait un obstacle à la protection par le brevet.

II – L'activité inventive

197. Plan. La rédaction de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC reprend la distinction sémantique existante entre les lois de type européenne et les lois de type américaine. En effet, si les droits européen, japonais, sud-américain et africain connaissent la condition d'activité

⁴³⁴ S. ROUX-VAILLARD, « Les jurisprudences française et américaine comparées en matière de conditions de brevetabilité », op. cit., p. 149

⁴³⁵ Alors que la loi américaine se base maintenant sur le dépôt de l'invention et non sa création, certains vestiges du système *first-to-invent* subsistent, telle la mention de l'inventeur et non du déposant dans la nouvelle section 102(a). Ainsi, l'USPTO adoptera lui-même le terme « *first-inventor-to-file* ». Sur ce point : http://www.uspto.gov/aia_implementation/faqs_first_inventor.jsp (consulté le 1er juillet 2016).

inventive, les droits américain, canadien et australien lui préfèrent la condition de « *non-obviousness* ». Malgré cette différence de terminologie, la même référence à l'homme du métier se retrouve dans nombre de législations nationales (A). Les quelques différences que nous notons se retrouvent surtout dans les méthodes d'appréciation de l'évidence (B).

A – L'homme du métier

198. Un « fantôme juridique ». L'homme du métier est, à l'instar du bon père de famille en droit français, une notion-cadre par nature indéfinissable. Il s'agit en pratique de la personne fictive, hypothétique, dont les connaissances et les compétences sont des critères d'évaluation de l'activité inventive. Peu de signalement précis sont fournis à travers le monde. Pourtant, certains critères négatifs permettent d'en limiter la description :

- Aux Etats-Unis, la Cour suprême distingue l'homme du métier du juge, de l'inventeur, de l'homme ordinaire ou du génie dans le domaine considéré⁴³⁶. Il est également à distinguer de l'expert à témoigner⁴³⁷. Au contraire, la jurisprudence américaine a tendance à le considérer comme une personnalité fictive qui possède diverses connaissances professionnelles ou scientifiques en fonction de la nature scientifique ou technique de son travail⁴³⁸.
- En Allemagne, la Cour fédérale le distingue du client, de l'acheteur ou d'un autre type de contractant potentiel⁴³⁹.
- En France, selon la Cour d'appel de Paris⁴⁴⁰, l'homme du métier n'est pas celui qui utilise des produits similaires au produit en cause mais celui qui les fabrique.

Quoi qu'il en soit, il est communément admis que le recours à une personne fictive permet l'analyse objective de l'invention⁴⁴¹, et de réduire l'écart des connaissances qui existerait entre l'inventeur, l'examineur et le juge en cas de litige. La limite de cette construction artificielle est alors de déterminer quelles sont ses connaissances, ces dernières devant être transposées de personnes physiques existantes : « *une personne évaluant l'activité inventive doit tenter de se mettre à la place de l'homme du métier. Sur la base de sa formation et de son*

⁴³⁶ Environmental Design vs Union Oil Co. Of California, [1983] 713 F2d 963.

⁴³⁷ American Medical Systems Inc vs Medical Engineering Corp, [1992] 794 Fsupp 1370.

⁴³⁸ Hughes Aircraft Company vs the State of Israel, [1990] CA 345 87.

⁴³⁹ Cour fédérale d'Allemagne, 17 novembre 2009, Hundefutterbeutel, X ZR 49/08.

⁴⁴⁰ Cour d'appel de Paris, 25 octobre 1990, PIBD, 1991, III, p. 38.

⁴⁴¹ OMPI, « study on the inventive step », 6 juillet 2015, SCP/22/3, p. 6.

expérience, une personne devrait pouvoir se mettre dans la position de l'homme du métier afin de déterminer l'implication de l'activité inventive »⁴⁴².

199. L'évaluation de ses compétences. Ainsi, dans de nombreux pays, l'homme du métier est considéré comme un homme ayant des compétences et connaissances moyennes⁴⁴³. S'il n'est ni « *un génie, ni un idiot* »⁴⁴⁴, son degré de qualification variera tout de même en fonction de l'objet de l'invention, si cette dernière emporte des technologies de pointe ou de domaines moins spécialisés. Ainsi il peut dans un cas être docteur et avoir plusieurs années d'expérience⁴⁴⁵, et dans un autre s'apparenter à un novice capable de brancher un ordinateur⁴⁴⁶.

Nonobstant cette variation inhérente au cas d'espèce, plusieurs critères généraux ont tout de même pu être relevés par l'OMPI afin de déterminer les compétences de l'homme du métier⁴⁴⁷. Nous les classons ici en trois catégories :

- La première catégorie concerne l'appréhension de l'état de la technique par l'homme du métier. Si l'homme du métier est présumé avoir accès à tous les éléments de l'état de la technique accessible au public, il n'est pas forcément en mesure de les appréhender. En effet, « *l'homme du métier est présumé avoir acquis grâce à son expérience les compétences techniques et le savoir-faire ordinaire dans le domaine technique de l'invention* »⁴⁴⁸. De même, « *il est capable de combiner les informations contenues dans les documents cités lors de la demande de brevet avec ses connaissances générales dans son champs de compétence, par exemple grâce aux manuels de référence. Dépendantes de la nature de la technologie, les connaissances générales peuvent être limitées à un petit nombre de pratiquants dans certains cas, ou nécessitent d'être appréhendables par le plus grand nombre dans d'autres cas* »⁴⁴⁹. Il nous faut en effet distinguer à ce stade les connaissances tombées dans le domaine public des

⁴⁴² Position de l'Espagne et de Singapour : OMPI « study on the inventive step », op. cit, p. 6 (traduction).

⁴⁴³ Par exemple, en France : CA Paris, 19 octobre 1977, DB, 1978, II, n°1.

⁴⁴⁴ Van der Lely NV vs Bamfords Ltd [1961] RPC 296 (traduction).

⁴⁴⁵ Enzo Biochem Inc vs Calgene inc, 52USPQ2d 1129 (1999).

⁴⁴⁶ In re Paulsen, 30 F3d 1475 (1994).

⁴⁴⁷ OMPI « study on the inventive step », op. cit, p. 7

⁴⁴⁸ Idem (traduction).

⁴⁴⁹ Idem, p. 8 (traduction).

connaissances communes dont l'appréhension par l'homme du métier devra être prouvée⁴⁵⁰ : tel sera le cas par exemple lorsque ces connaissances font l'objet de publications standards ou sont citées par la majorité de la doctrine⁴⁵¹. La connaissance commune se définit dès lors particulièrement par rapport à sa source, ce qui explique la décision de la Cour suprême de Singapour selon laquelle l'homme du métier peut ne pas la connaître, mais peut savoir où la rechercher⁴⁵².

- La seconde catégorie concerne l'état de la technique pertinent. Dans certains pays comme la France, il n'existe pas réellement de référence à l'art pertinent : l'homme du métier est présumé être capable d'appréhender tous les domaines techniques relevant du problème technique dans lequel s'inscrit l'invention. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle énoncé que « *l'homme du métier [...] était celui du domaine technique où se posait le problème que l'invention, objet de ce brevet, se proposait de résoudre* »⁴⁵³. Ainsi, il a été jugé que « *si l'homme du métier en cosmétologie ne peut méconnaître les principes essentiels de la dermatologie, et notamment les conséquences néfastes du rayonnement solaire sur la peau et les remèdes qui y sont apportés en pharmacopée, il ne saurait, par contre, être au fait des dernières communications et recherches dans le domaine de la cancérologie* »⁴⁵⁴. Rien ne l'empêche cependant de s'intéresser à des sujets proches du sien : « *on ne saurait cantonner ses connaissances à un domaine trop étroit sans le priver de toute initiative utile dans sa pratique* »⁴⁵⁵. La référence à l'art pertinent se retrouve alors chez les pays distinguant l'art analogue de l'art non-analogue. Ainsi, aux Etats-Unis, la Cour suprême raisonne en deux étapes⁴⁵⁶. La première consiste à regarder si la référence à l'homme du métier entre dans le champ de l'invention, ce qui inclut l'utilisation d'éléments similaires pour résoudre un problème similaire dans un but similaire⁴⁵⁷. Si ce n'est pas le cas, la Cour décide cette référence est raisonnablement pertinente étant donné le

⁴⁵⁰ OEB, « guidelines for examination », partie G, chapitre VII-2, n°3.1.

⁴⁵¹ OEB, *Catalyseur Redox vs Air Product*, 24 octobre 1985, T171/84, JO OEB 1986, p. 95.

⁴⁵² *Nokia vs Ipcor* [2010] EWHC 3482.

⁴⁵³ Cass. Com, 20 novembre 2012, n°11-18440.

⁴⁵⁴ TGI Paris, 16 novembre 1994, PIBD 1995, III, p. 115.

⁴⁵⁵ CA Paris, 14 février 1991, PIBD 1991, III, p. 432.

⁴⁵⁶ S. ROUX-VAILLARD, « Les jurisprudences française et américaine comparées en matière de conditions de brevetabilité », op. cit., p. 232.

⁴⁵⁷ *Universal Electric Co vs AO Smith Co*, [1979] 643 F2d 546.

problème résolu par l'invention⁴⁵⁸. Si aucune de ces deux étapes n'est satisfaite, le domaine envisagé n'entre pas dans le champ de l'art analogue. Ce mécanisme, bien plus encadré que celui utilisé par la jurisprudence française, est également présent au Japon⁴⁵⁹.

- La dernière catégorie concerne les moyens accordés à l'homme du métier pour comprendre l'invention. La plupart des Etats européens considèrent en effet que « *L'homme du métier bénéficie de moyens normaux et des capacités d'expérimentation habituelles afin, par exemple, de clarifier les ambiguïtés sur la technologie connue. Il dispose des moyens habituels, de la capacité et de l'expérience nécessaires à l'expérimentation de routine et devrait effectuer des expériences afin de clarifier les ambiguïtés sur la technologie connue, sans employer l'inventivité* »⁴⁶⁰. De même, l'homme du métier peut, dans certaines circonstances, être considéré, non pas comme un seul homme, mais comme une équipe entière de recherche ou de production. Ce peut être le cas par exemple en présence de technologie de pointe comme les systèmes informatiques, les technologies médicales, pharmaceutiques et les produits chimiques⁴⁶¹.

B – Méthode d'évaluation

200. L'approche problème-solution. Les pratiques nationales en matière d'évaluation de l'évidence d'une invention mettent en avant des méthodes standards dont l'intérêt est de favoriser l'objectivité et la cohérence du travail des examinateurs de brevet, et d'éviter toute analyse rétrospective ou a posteriori de l'invention revendiquée⁴⁶². La méthode la plus utilisée est l'approche dite « *problème-solution* » selon laquelle « *une invention est évidente lorsque l'homme du métier [...] peut directement percevoir le problème posé et la solution qui doit lui être apportée* »⁴⁶³. En effet, l'invention étant définie comme la solution technique apportée à un problème technique, il est cohérent de se fonder sur le problème technique afin de

⁴⁵⁸ Finish Engineering Co vs Zerpa Industry Inc, [1986] 1 USPQ2d 1114.

⁴⁵⁹ Office Japonais des brevets, « Japanese Examination guidelines », II, chapitre 2.

⁴⁶⁰ OMPI « study on the inventive step », op. cit, p. 9 (traduction).

⁴⁶¹ Idem.

⁴⁶² Tels sont les arguments de la Colombie : Office colombien des brevets, « Informative Review of form and content of patent applications and utility models of SIC », PI02-I06, 2.13.5.1.

⁴⁶³ TGI Paris, 28 juin 1984, PIBD, 1985, III, p. 2.

rechercher qu'elle aurait été la démarche de l'homme du métier face à ce problème et à l'état de la technique.

Malgré quelques particularités locales, la majorité des offices des brevets utilisent cette méthode. Les quelques différences que nous retrouvons entre les pays concernent principalement la définition des étapes à suivre. Nous pouvons cependant définir l'approche problème-solution en cinq étapes⁴⁶⁴ :

- Identifier l'état de la technique dont la délimitation matérielle est sélectionnée en fonction des éléments et effets techniques communs entre l'invention et l'art antérieur ;
- Déterminer les différences⁴⁶⁵ entre l'invention et l'état de la technique délimité ;
- Définir l'effet technique directement attribuable aux différences relevées ;
- Dédire le problème technique posé ;
- Déterminer si l'invention aurait été évidente pour l'homme du métier.

Pour certains pays et organisation, à l'instar de l'OEB, les deuxième, troisième et quatrième étapes sont alors fusionnées pour n'en former qu'une seule, consistant à définir le problème technique objectif à résoudre. L'examineur étudie alors la demande, l'état de la technique le plus proche et les différences entre l'invention revendiquée et l'état de la technique déterminé afin de déterminer l'effet technique de l'invention, puis formuler le problème technique.

Le problème technique a alors un rôle central dans la majorité des Etats-membres de l'OMC, d'autant plus que la comparaison des jurisprudences européennes et américaines nous montre une identité de position. Ainsi, lorsque le problème n'a jamais été posé, l'activité inventive est certaine. Selon Paul MATHELY, dans ce cas, « *c'est l'énoncé du problème qui n'était pas évident ; et c'est dans cet énoncé que réside l'activité inventive* »⁴⁶⁶. Cette position se retrouve dans la jurisprudence française selon laquelle « *le problème à résoudre n'ayant pas été posé dans l'art antérieur, l'homme du métier n'était pas à même, avec ses seules connaissances et sans faire œuvre inventive, d'appliquer pour résoudre ce problème des moyens différents et*

⁴⁶⁴ Par exemple, le Chili : <http://www.inapi.cl/portal/institucional/600/w3-article-1581.html> (consulté le 1er juillet 2016) ; L'Espagne : http://www.oepm.es/en/invenciones/patentes_nacionales/directrices_de_examen/ (consulté le 1er juillet 2016).

⁴⁶⁵ Notons que les directives japonaises et coréennes s'intéressent à la fois aux différences et aux similitudes entre l'invention et l'état de la technique : https://www.jpo.go.jp/tetuzuki_e/t_tokkyo_e/1312-002_e.htm ; http://www.kipo.go.kr/kpo/user.tdf?a=user.english.html.HtmlApp&c=92006&catmenu=ek03_06_01 (consulté le 1er juillet 2016).

⁴⁶⁶ P. MATHELY, « le nouveau droit des brevets d'invention », JNA, 1991, p. 95.

*employés jusque-là à d'autres fins. L'évidence suppose en effet une connaissance claire et distincte du problème et des moyens de le résoudre »*⁴⁶⁷. Cette position est soutenue par l'OEB selon laquelle *« la découverte d'un problème jusqu'ici méconnu peut constituer dans certains cas un objet brevetable, même si, en elle-même, la solution revendiquée apparaît rétrospectivement banale et évidente »*⁴⁶⁸. Cependant, le problème ne doit pas seulement être nouveau mais ne doit pas être évident : *« un problème nouveau ne peut pas contribuer à conférer une valeur inventive à sa solution, lorsque l'homme du métier doué d'aptitudes moyennes aurait pu lui aussi formuler le même problème. C'est le cas lorsque le problème consiste uniquement à remédier aux inconvénients qu'un produit révèle à l'usage »*⁴⁶⁹.

Aux Etats-Unis, la jurisprudence a évolué sur ce principe. Si la prise en compte du problème posé ne semblait pas correspondre aux critères initialement posés par la Cour Suprême⁴⁷⁰, la jurisprudence américaine a surmonté l'obstacle en tenant compte de l'invention dans son ensemble et non de chaque revendication séparée. Ainsi, *« Il ne devrait pas être nécessaire pour ce tribunal de souligner qu'une invention brevetable réside dans la découverte de la source d'un problème même si le remède peut être évident une fois que la source du problème a été identifiée. Cela fait partie du «sujet dans son ensemble» qui devrait toujours être pris en considération pour déterminer l'évidence d'une invention en vertu de 35 U.S.C. 103 »*⁴⁷¹. La prise en compte de l'ensemble de l'invention inclut donc le problème technique posé. Le juge américain insiste tout de même sur le fait que ce n'est pas le problème lui-même qui est breveté : ce dernier est une simple preuve objective de l'inventivité de la solution proposée par l'inventeur⁴⁷².

Enfin, notons la particularité de certains pays minoritaires qui privilégient une alternative au problème posé. Si la même approche problème-solution est utilisée, la Russie, la Biélorussie et l'OEAB⁴⁷³ mettent davantage l'accent sur les caractéristiques distinctives de l'invention menant aux résultats techniques. Autrement dit, l'examineur étudie la demande, l'état de la

⁴⁶⁷ CA Paris, 22 mars 1990, PIBD, 1990, n°481, III, p. 411 ; CA Paris, 9 mars 1993, PIBD, 1993, n°548, III, p. 441 ; TGI Paris, 7 juillet 1994, PIBD, 1994, n°577, III, p. 563.

⁴⁶⁸ OEB, Comprimé de siméthicone/Rider, 15 mars 1984, T2/83, JO OEB, 1984, p. 265.

⁴⁶⁹ OEB, Appareil auditif/Bosch, 15 mai 1984, T109/82, JO OEB, 1984, p. 473 ; de même : OEB, Dispositif de contrôle à courant de Foucault, 28 juillet 1981, T15/81, JO OEB, 1982, p. 2.

⁴⁷⁰ S. ROUX- VAILLARD, « Les jurisprudences française et américaine comparées en matière de conditions de brevetabilité », op. cit., p. 240.

⁴⁷¹ In re Sponnoble, [1969] 404 F.2d 578 ; In re Kaslow, [1983] 707 F.2d 1366 (traduction).

⁴⁷² Colombia Motor Car Co. vs C.A. Duerr&Co., [1911], 184 Fed. 893.

⁴⁷³ <http://www.wipo.int/patents/en/guidelines.html> (consulté le 1er juillet 2016).

technique le plus proche et les différences entre l'invention revendiquée et l'état de la technique déterminé afin de déterminer les caractéristiques distinctives de l'invention et leur influence sur le résultat technique décrit par l'inventeur. L'intérêt d'une telle alternative est que les examinateurs peuvent choisir l'approche problème-solution ou l'approche fondée sur les caractéristiques distinctives en fonction de l'opportunité qu'elles offrent au cas par cas.

201. Le « degré » d'évidence. Si l'approche problème-solution offre une méthode standard et objective pour analyser le degré⁴⁷⁴ d'évidence de l'invention. Autrement dit, comment, lors de la dernière étape, l'examineur peut-il déterminer si l'invention aurait été évidente pour l'homme du métier ? Comme le relève le Comité permanent des brevets : *« À très haut niveau, le concept d'“évidence” s'applique dans de nombreux pays à l'idée que l'invention revendiquée ne va pas au-delà du progrès normal de la technique qu'effectuerait un homme du métier et ne fait que découler manifestement ou logiquement de l'état de la technique. En d'autres termes, le progrès associé à l'invention revendiquée ne suppose pas une qualification ou une habileté plus poussée que celle que l'on est en droit d'attendre d'un homme du métier »*⁴⁷⁵. Dans l'approche problème-solution, cela signifie que l'invention est évidente lorsque l'état de la technique contient les enseignements suffisants pour inciter l'homme du métier, confronté au problème technique à adapter l'art antérieur pour obtenir un résultat identique à l'invention. Si, comme l'énonce avec raison la délégation allemande auprès de l'OMPI, il n'existe pas de critères d'évidence général et applicable à toute espèce⁴⁷⁶, de nombreux indicateurs⁴⁷⁷ ont été élaborés afin d'aider l'examineur dans son travail, dont les principaux sont les suivants⁴⁷⁸ :

⁴⁷⁴ L'examineur devant relever la présence ou l'absence d'activité inventive, le terme « degré » doit être pris dans un sens qualitatif et non un sens quantitatif.

⁴⁷⁵ OMPI, « study on the inventive step » SCP/22/3, op. cit.

⁴⁷⁶ « It is always a decision depending on the concrete circumstances of each individual case. There is no case law as to single universally applicable criteria that would allow drawing compelling conclusions about the presence of inventive step in other cases. Decisions in comparable cases can only serve as guidelines » : réponse de l'Allemagne, http://www.wipo.int/scp/en/meetings/session_22/comments_received.html (consulté le 1er juillet 2016).

⁴⁷⁷ Il est bien entendu que nous étudions ici de simples indices et non des conditions à l'activité inventive.

⁴⁷⁸ Cour fédérale d'Allemagne, 30 July 2009 - Xa ZR 22/06 - Dreinahtschlauchfolienbeutel - GRUR 2010, 44 : selon la Cour fédérale allemande, des indices secondaires appliqués à chaque cas d'espèce peuvent aider l'examineur à déterminer l'activité inventive de l'invention revendiquée.

202. le besoin ressenti de longue date⁴⁷⁹. L'activité inventive peut être prouvée en démontrant que l'invention revendiquée résout un problème technique de longue date qu'aucun autre n'a été capable de résoudre. Ainsi la jurisprudence australienne énonce que : « *la question de l'évidence est probablement mieux appréhendée, si cela est possible, par l'expérience issue des événements contemporains. ... Si une invention aboutit à la solution d'un problème qui a été une source de difficulté industrielle depuis des années et dont il résulte un succès immédiat lors de son introduction, alors il est démontré que l'étape est évidente* »⁴⁸⁰. Trois questions se posent alors quant à l'interprétation de cet indice :

- La première concerne la recherche de la période adéquate. Il ressort en effet de la jurisprudence américaine que l'inventeur doit justifier la signification de la période choisie par rapport à l'homme du métier⁴⁸¹. De manière générale, la période à considérer est alors celle comprise entre la première fois que le problème se pose sans que personne n'ait pu y répondre, et la divulgation de l'invention⁴⁸². Une nuance peut cependant être relevée concernant le point de départ du délai : l'échec d'un tiers n'est ainsi pas pris en considération si ce tiers ne connaissait pas le domaine technique ou n'avait aucun intérêt à innover dans ce domaine⁴⁸³.
- La seconde concerne la durée durant laquelle le problème technique s'est posé. Cette durée est en effet interprétée au cas par cas par les juridictions nationales. Ainsi, nous pouvons citer l'exemple de la Cour d'Appel de Paris a-t-elle pu considérer que « *l'activité inventive est établie par le fait que près d'une dizaine d'années se sont écoulées entre le moment où les dispositifs cités à titre d'antériorités ont été connus et la date à laquelle le breveté a trouvé la solution pour un dispositif à la fois simple et efficace* »⁴⁸⁴. De même, l'OEB insiste sur « *la longue période de neuf ans dans le domaine intensément étudié* »⁴⁸⁵. Le problème doit donc avoir été persistant⁴⁸⁶, une réponse immédiate étant susceptible de démontrer une absence d'évidence⁴⁸⁷.

⁴⁷⁹ Cet indice se retrouve dans les réponses de l'Australie, la Bulgarie, la Chine, la Croatie, la République Dominicaine, l'Equateur, l'Allemagne, le Guatemala, Israël, La République de Corée, Singapour, les Etats-Unis et l'OEB.

⁴⁸⁰ Lucas and Another vs Gaedor Ltd and Others, [1978] RPC 297 (traduction).

⁴⁸¹ In re Deters, [1975] 515 F.2d 1052.

⁴⁸² Texas Instruments Inc. vs International Trade Commission, [1993] 26 USPQ2d 1018.

⁴⁸³ In re Sneed, [1983] 710 F.2d 1544.

⁴⁸⁴ CA Paris, 28 novembre 1984, PIBD, 1985, n°366, III, p. 119.

⁴⁸⁵ OEB, 22 juin 1982, T22/82, JO OEB 1982, p. 98.

⁴⁸⁶ Radix Corp vs Samuels, [1989] 13 USPQ2d 1689.

⁴⁸⁷ H. K. Porter Co. vs Black & Decker Mfg., [1974] 182 USPQ 401.

- Enfin, la troisième concerne les tentatives d'autrui pour résoudre le problème posé dans la période concernée. En effet, il ne suffit pas qu'un homme du métier ait décelé un besoin existant depuis un certain temps, encore faut-il qu'il ait tenté à diverses reprises de remédier au problème posé : « *le fait que les spécialistes d'un domaine d'activité ne se soient pas plus tôt mis en devoir de résoudre un problème particulier ne doit pas d'emblée être considéré comme une indication sérieuse de ce que la solution éventuellement proposée est évidente* »⁴⁸⁸. La jurisprudence australienne est identique : « *Quand je me rend compte qu'un inventeur, qui est un homme du métier, a pris du temps et a fait des expériences pour trouver une solution que d'autres cherchait sans pour autant y arriver, je pense que, prima facie, cela est suffisant pour considérer que le brevet est valide* »⁴⁸⁹.

203. Le succès commercial⁴⁹⁰. Cet indice est peut être l'une des rares différences entre les législations proches du système américain et celles proches du système européen. Le succès commercial est en effet un indice important aux Etats-Unis, non seulement pour caractériser l'activité inventive, mais également, nous le verrons, la condition d'utilité⁴⁹¹, au point que Stanislas ROUX-VAILLARD le qualifie comme « *la clé de tout sésame* »⁴⁹². Les juridictions américaines reconnaissent alors la brevetabilité d'une invention lorsque l'exploitant démontre un grand nombre de ventes⁴⁹³, ou une croissance de la part de marché de l'invention⁴⁹⁴, aussi bien par le biais du propriétaire du brevet que par un potentiel contrefacteur⁴⁹⁵. Cette position n'est pas aussi poussée dans les autres pays de tradition anglo-saxonne qui reconnaissent l'intérêt de ce critère, et non son exclusivité. Pour les juridictions australiennes : « *Le succès commercial ne pourra jamais être un élément décisif de la brevetabilité mais peut être une question de poids pour résoudre toutes les questions annexes* »⁴⁹⁶ ; « *Le succès commercial*

⁴⁸⁸ OEB, 20 juillet 1993, T605/91, JO OEB 1994, p. 43.

⁴⁸⁹ Howaldt Ltd. vs Condrup Ltd. [1937] 54 RPC 121 ; De même : Technograph vs Mills [1972] RPC 346 (traduction).

⁴⁹⁰ Cet indice se retrouve dans les réponses de l'Australie, Autriche, la Bulgarie, Chine, Guatemala, Israël, Japon, République de Corée, Singapour et Etats-Unis.

⁴⁹¹ Cf. n°223.

⁴⁹² S. ROUX-VAILLARD, « Les jurisprudences française et américaine comparées en matière de conditions de brevetabilité », op. cit., p. 244.

⁴⁹³ Tec Air Inc. vs Denso Mfg. Michigan Co., [1999] 52 USPQ2d 1294.

⁴⁹⁴ Kansas Jack Inc. vs Kuhn, [1983] 719 F.2d 1144.

⁴⁹⁵ Panduit Corp. vs Dennison Mfg. Co., [1985] 774 F.2d 1082.

⁴⁹⁶ Meyers Taylor Pty Ltd v Vicarr Industries Ltd [1977] CLR 228 (traduction).

*n'est, bien sûr, pas déterminant la satisfaction du critère de non-évidence, mais peut être considéré au cas par cas comme un argument non négligeable en faveur des brevets »*⁴⁹⁷.

La position n'est pas aussi claire dans les pays disposant d'une législation de type européen, où certaines jurisprudences ont marqué une distinction entre la technique et le commercial. Ainsi, la position française a pendant longtemps été de refuser l'utilisation de cet indice par l'argument selon lequel le succès commercial n'est pas forcément dû aux caractéristiques de l'invention : *« l'intérêt ou l'engouement que peut susciter un produit nouveau ou présenté comme tel peut, s'il est vérifié, se justifier par des considérations psychologiques ou commerciales étrangères aux notions juridiques qui fondent la brevetabilité d'une invention »*⁴⁹⁸. L'argument pouvait cependant être facilement écarté au regard de la jurisprudence américaine qui elle-même mettait à la charge de l'exploitant du brevet⁴⁹⁹ la preuve que le succès commercial était bien dû aux caractéristiques intrinsèques de l'invention⁵⁰⁰. Cette position s'est alors assouplie sous l'effet harmonisateur du droit européen des brevets, qui, à l'instar des droits japonais, chinois et coréens⁵⁰¹, dispose que *« le succès commercial à lui seul ne doit pas être considéré comme constituant une preuve de l'existence d'une activité inventive. Toutefois, la preuve d'un succès commercial immédiat revêt une réelle signification, s'il est établi également qu'un besoin ressenti depuis longtemps a été satisfait, et que l'examineur soit convaincu que ce succès tire son origine des caractéristiques techniques de l'invention et non d'autres facteurs »*⁵⁰². Le succès commercial est alors considéré comme un indice non décisif qui peut, en fonction de l'espèce, être accepté⁵⁰³ ou rejeté⁵⁰⁴.

204. Le préjugé vaincu⁵⁰⁵. Il est communément admis que lorsque l'invention surmonte un préjugé technique, elle ne découle pas de manière évidente de l'état de la technique. Surmonter un préjugé se définit alors comme le fait de présenter à l'homme du métier une

⁴⁹⁷ General Tire & Rubber Company v Firestone Tyre and Rubber Company Ltd [1972] RPC 457 (traduction).

⁴⁹⁸ TGI Limoges, 8 novembre 1989, PIBD, 1991, n°512, III, p. 704.

⁴⁹⁹ Sonoco Prods. Co. vs Mobil Oil Corps., [1989] 15 USPQ2d 1194.

⁵⁰⁰ In re Huang, [1996] 40 USPQ2d 1685.

⁵⁰¹ OMPI, « study on the inventive step » SCP/22/3, op. cit., p. 29.

⁵⁰² Directive OEB

⁵⁰³ OEB, Finnegan, 3 novembre 1992, T677/91, JO OEB ed. spéciale, p. 43.

⁵⁰⁴ OEB, 8 mai 1991, T219/90, non publié.

⁵⁰⁵ Cet indice se retrouve dans les réponses de l'Australie, l'Allemagne, le Guatemala, la Slovaquie, les Etats-Unis et la Communauté Andine.

solution au problème technique jusqu'ici exclue⁵⁰⁶. Cette exclusion peut avoir pour origine l'art antérieur dont les enseignements détournent l'homme du métier de l'invention⁵⁰⁷. Une simple tendance suffit à caractériser l'activité inventive⁵⁰⁸. De même, elle peut avoir pour origine le scepticisme de l'homme du métier à l'égard de la solution technique proposée⁵⁰⁹. Dans ce cas, ce scepticisme doit concerner des considérations techniques et non économiques ou commerciales⁵¹⁰.

205. Le résultat inattendu⁵¹¹. Nous pouvons considérer que la manifestation d'une rupture avec les techniques connues dans l'art antérieur représente certainement l'indice le plus fort d'une activité inventive, l'homme du métier n'ayant pas été en mesure de l'envisager. Paul ROUBIER utilisait le résultat inattendu dans la définition même de l'activité inventive : « *on aperçoit [...] l'élément de l'imprévu, le quid imprevisum qui caractérise l'activité inventive : il y a quelque chose d'inattendu, soit dans l'idée inventive qui a été découverte, soit dans les moyens de réalisation qui ont été trouvés, soit dans les avantages économiques qui ont été apportés à l'industrie* »⁵¹². Il n'en reste pas moins qu'un simple indice, et non une condition à l'activité inventive⁵¹³. Ainsi, aux Etats-Unis, la preuve d'un résultat inattendu permet de contredire une comparaison défavorable de l'invention à l'état de la technique⁵¹⁴, notamment lorsque l'invention prend la forme d'une combinaison de moyens déjà connus de l'homme du métier, mais dont les effets n'avaient jusque-là pas été mis à jour⁵¹⁵.

206. Autres. D'autres indices ont pu être mis en évidence mais ne réclament pas d'analyse particulière, soit parce qu'ils représentent des indices isolés, soit que leur mise en œuvre ne nécessite aucune explication ou découle de ce que nous avons énoncé ci-dessus. Citons par

⁵⁰⁶ Cass. Com., 12 décembre 1995, bull. civ., IV, n°291, p. 267.

⁵⁰⁷ OEB, 20 octobre 1981, T08/81, BD 1983, III, n°T.11 ; OEB, Dispositif d'enregistrement vs IBM, 22 juin 1993 T113/82, JO OEB 1984, p. 10 ; Kloster Speedsteel AB vs Crucible Inc., [1986] 793 F.2d 1565.

⁵⁰⁸ OEB, 23 juillet 1993, T650/90, non publié.

⁵⁰⁹ In re O'Farrell, [1988] 7 USPQ2d 1673.

⁵¹⁰ Joy Technologies Inc. vs Manbeck, [1990] 17 USPQ2d 1257.

⁵¹¹ Cet indice se retrouve dans les réponses de la Chine, la République dominicaine, l'Equateur, le Guatemala, Israël, les Etats-Unis et l'OEB.

⁵¹² P. ROUBIER, « Le droit de la propriété industrielle », Editions du Recueil Sirey, t.II, 1954, p. 67.

⁵¹³ OEB, 29 juin 1986, T154/87, non publié.

⁵¹⁴ Para-ordinance Mfg. Inc. vs SGS Importers International Inc., [1996] 37 USPQ2d 1237.

⁵¹⁵ Merck&Co. vs Biocraft Labs Inc., [1989] 874 F.2d 804.

exemple l'existence d'un progrès technique important, l'originalité de la démarche de l'inventeur, la complexité et la nouveauté du problème posé, l'ancienneté et le nombre d'antériorité, etc.

III – L'application industrielle et l'utilité.

207. Plan. Si les conditions de nouveauté et d'activité inventive ont bénéficié d'un certain degré d'harmonisation, la condition d'utilité/application industrielle continue d'être l'objet de confrontation entre les systèmes romano-germanique et anglo-saxon comme nous le montre les propositions de rédaction de l'article 16 du projet SPLT déposées devant le Comité permanent des brevets : *« Une invention revendiquée doit être susceptible d'application industrielle (utile). Elle est considérée comme susceptible d'application industrielle (utile) si :*

- *[Variante A] elle peut être exploitée dans tout secteur d'activité [commerciale]*
- *[Variante B] son objet peut être produit ou utilisé dans tout genre d'industrie. Le terme "industrie" s'entend dans l'acception la plus large et s'applique non seulement à l'industrie et au commerce proprement dits, mais également aux industries agricoles et extractives.*
- *[Variante C] elle a une utilité précise, importante et plausible. ».*

Cette même option se retrouve dans l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC qui prévoit la variante suivante : *« aux fins de cet article, les expressions 'activité inventive' et 'application industrielle' pourront être considérées par un Membre comme synonymes, respectivement, des termes 'non évidente' et 'utile' ».*

Mais avant de comparer les deux notions⁵¹⁶, encore faut-il les définir : nous étudierons d'une part la condition d'application industrielle (A) et d'autre part la condition d'utilité (B).

⁵¹⁶ La comparaison a été effectuée par l'OMPI en 2003 : OMPI, « Application industrielle et utilité : points communs et différences », SCP/9/5, 17 mars 2003.

A – L'application industrielle

208. Définition. Les articles 57 de la CBE et L.611-15 du Code français de la propriété intellectuelle disposent qu'une « *invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture* ». Selon Paul MATHELY, l'invention doit alors appartenir « *non pas au domaine des abstractions, mais à celui des réalisations : elle doit porter, non pas sur un principe abstrait, mais sur une conception mise en œuvre dans l'industrie* »⁵¹⁷.

Cette définition française nous semble la plus révélatrice de la notion, bien que cette dernière varie en fonction des exigences de législations et pratiques nationales et régionales⁵¹⁸. Nous retrouvons en effet au sein des législations nationales un large éventail dont les extrêmes prévoient d'une part que « *l'exigence est satisfaite dès lors que l'invention revendiquée peut être réalisée dans l'industrie, l'usage qui peut en être fait n'entrant pas en ligne de compte* », et d'autre part que « *l'utilité de l'invention revendiquée est pleinement prise en considération lorsqu'il s'agit de déterminer la possibilité d'application industrielle* »⁵¹⁹. L'étude comparée des différentes législations prévoyant la condition d'application industrielle met en évidence deux éléments récurrents, à savoir le caractère industriel de l'invention et son applicabilité.

209. L'industrie. Le premier élément commun à toutes les législations est le caractère industriel de l'invention. L'invention doit pouvoir être utilisée dans un cadre industriel, c'est-à-dire dans une activité non-mentale qui relève d'un art pratique. C'est ce qui ressort notamment des directives de l'OMPI concernant l'examen préliminaire international prévu au PCT⁵²⁰, selon lesquelles l'industrie « *inclut toute activité physique de caractère technique, c'est-à-dire une activité qui relève des arts utiles ou pratiques par opposition aux beaux-arts* ». L'activité non-mentale nous renvoie au caractère concret définissant toute invention⁵²¹. A ce titre, l'invention doit pouvoir être mise en œuvre dans le monde réel. Les arts utiles ou pratiques nous renvoient quant à eux aux arts autres que les beaux-arts ou les arts

⁵¹⁷ P. MATHELY, « Le nouveau droit français des brevets d'invention », JNA, 1974, p. 119.

⁵¹⁸ Si nous retrouvons la totalité des pays de tradition romano-germanique dans cette catégorie, notons tout de même la présence surprenante du Royaume-Uni dont la conception de la condition d'application industrielle a été largement influencée par son adhésion à l'OEB.

⁵¹⁹ OMPI, « Application industrielle et utilité : points communs et différences », op. cit., p. 8.

⁵²⁰ Sur ce point, voir le paragraphe IV-4.1 des directives : http://OMPI/pct/fr/access/legal_text/htm (consulté le 1er juillet 2016).

⁵²¹ Cf. n°179 et s.

intellectuels. L'opposition entre les arts utiles et les beaux-arts se retrouvent alors dans de nombreuses directives à l'instar des directives relatives à l'examen pratiqué à l'OEB⁵²² ou du *Manual of Patent Practice* de l'office britannique des brevets⁵²³.

Il est communément admis que le terme « industrie » doit être interprété au sens large. Nombre de pays optent pour une définition positive. La rédaction des législations nationales empêche en effet toute discrimination concernant le domaine d'activité des industries. La plupart des pays européens reprennent une formulation identique à la loi française selon laquelle l'invention « *peut être fabriquée ou utilisée dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture* »⁵²⁴. De même, l'article 12 de la loi mexicaine⁵²⁵ prévoit que l'invention doit pouvoir être utilisée dans n'importe quelle branche de l'activité économique. Le Royaume-Uni précise que le domaine industriel « *n'est ni limité au domaine matériel ou tangible, ni aux activités purement commerciales* »⁵²⁶.

La Corée et le Japon ne donne pas de définition légale de la condition d'application industrielle et leurs offices des brevets préfèrent la définir à la fois de manière positive et négative. En effet, à la lecture des directives de l'Office japonais des brevets, nous constatons que :

- La condition d'application industrielle est définie en fonction d'une liste non-exhaustive d'exemples d'industrie : « *ici, le mot industrie est interprété au sens large, y compris l'extraction minière, l'agriculture, la pêche, les transports, les télécommunications, etc.* »⁵²⁷. Cette approche se retrouve également dans la loi argentine, selon laquelle satisfait la condition d'application industrielle l'invention dont l'objet résulte de l'obtention d'un résultat industriel « *compris dans les domaines couvrant l'agriculture, la sylviculture, l'élevage, la pêche, les mines, l'industrie de*

⁵²² http://www.european-patent-office.org/legal/gui_lines/f (consulté le 1er juillet 2016). Voir partie C, chapitre IV, paragraphe 4.1 : « *l'exercice de toute activité physique de caractère technique, c'est-à-dire une activité qui relève du domaine des arts mécaniques par opposition aux beaux-arts ; cette définition n'implique pas nécessairement l'utilisation d'une machine ou la fabrication d'un article, et elle pourrait par exemple s'appliquer à un procédé de dispersion du brouillard ou à un procédé de conversion de l'énergie d'une forme à une autre* ».

⁵²³ <http://www.patent.gov.uk/patent/reference/index.htm> (consulté le 1er juillet 2016).

⁵²⁴ Article L.611-15 du Code français de la propriété intellectuelle.

⁵²⁵ Article 12 de la loi mexicaine de 1991 : « *Aplicación industrial, a la posibilidad de que una invención tenga una utilidad práctica o pueda ser producida o utilizada en cualquier rama de la actividad económica, para los fines que se describan en la solicitud* » .

⁵²⁶ OMPI, « Application industrielle et utilité : points communs et différences », op. cit., p. 8.

⁵²⁷ https://www.jpo.go.jp/tetuzuki_e/t_tokkyo_e/1312-002_e.htm (consulté le 1er juillet 2016).

transformation proprement dite et les services »⁵²⁸. Les exemples donnés pour illustrer l'application industrielle nous permettent alors d'affirmer que c'est la nature de l'activité à laquelle est liée l'exploitation de l'invention, et non le cadre économique dans lequel l'invention est utilisée, qui entre en jeu. Ainsi, peu importe le secteur de l'activité concernée, tant que cette dernière répond aux caractéristiques de l'industrie.

- La condition d'application industrielle est également définie en fonction d'une liste exhaustive d'inventions dont le domaine d'intervention ne répond pas au caractère industriel. Il s'agit d'une part des inventions inapplicables en pratique dans aucun domaine d'activité, et d'autre part des inventions dont l'utilisation n'est pas commerciale. Cette exception met alors l'accent sur le caractère négociable et échangeable de l'invention, absent des inventions qui n'existe que dans un contexte purement personnel⁵²⁹ ou dans un contexte expérimentale⁵³⁰. Enfin, il s'agit également des méthodes de traitement chirurgical ou thérapeutique du corps humain et des méthodes de diagnostic appliquées au corps humain. Cette même exception se retrouve dans l'article L.611-16 du Code français de la propriété intellectuelle que de nombreux auteurs qualifient de « bégaiement »⁵³¹. La question ne devrait pas se poser dans les pays, qui excluent ces inventions de la brevetabilité sans faire intervenir la notion d'application industrielle. Rappelons en effet que l'article 27.3 de l'Accord sur les ADPIC prévoit la possibilité pour les membres d'exclure directement de la brevetabilité des méthodes diagnostics, thérapeutiques et chirurgicales sans modifier leur interprétation des conditions de brevetabilité. Tel est le cas de l'article 52 de la CBE qui a été modifié par l'Acte portant révision de la Convention du 29 novembre 2000 afin de séparer les conditions de brevetabilité des exclusions de la brevetabilité. Ainsi, les seules réelles exceptions que nous pouvons citer au sein des pays européens concernent la position portugaise selon laquelle *« les produits ou techniques artisanaux ne sont pas susceptibles d'application industrielle car chaque article artisanal a sa valeur propre, contrairement aux objets produits en série »* et la

⁵²⁸ Article 4 de la loi argentine de 1996 (traduction).

⁵²⁹ Le cas de l'exploitation purement personnelle ne doit pas être considérée comme une exception à l'industrie mais comme un défaut pur et simple d'industrie. C'est ce qui ressort notamment des décisions de la chambre des recours techniques selon laquelle « le fait que, pour certaines femmes (prostituées), la contraception est liée à des activités professionnelles, ne confère pas un caractère industriel à un acte qui, dans son essence, revêt un caractère privé et personnel » : OEB, 9 novembre 1994, T0074/93.

⁵³⁰ https://www.jpo.go.jp/tetuzuki_e/t_tokkyo_e/1312-002_e.htm (consulté le 1er juillet 2016).

⁵³¹ J. FOYER et M. VIVANT, « Le droit des brevets », PUF, 1991, p. 133 ; J. SCHIMDT-SZALEWSKI, « droit de la propriété industrielle », op. cit., p. 54.

position allemande selon laquelle « un procédé qui serait appliqué exclusivement par les membres d'une profession libérale – médecins, avocats, pharmaciens, etc. – n'est pas considéré comme susceptible d'application industrielle⁵³² ».

210. L'applicabilité. Le second élément commun est l'application de l'invention dans l'industrie. Si la notion même d'application renvoie aux différents modes d'exploitation de l'invention, l'application dans l'industrie induit l'existence d'un intérêt industriel. Autrement dit, l'application industrielle s'entend dans le sens d'une application pratique, voire utile. Or, la définition de l'intérêt industriel ne fait pas consensus au sein des pays reconnaissant ce critère, comme nous le montre une rapide comparaison des extrêmes que sont les lois françaises et britanniques.

La jurisprudence française ne reconnaît pas la notion de mérite de l'invention. Le Tribunal de Grande Instance de Paris a ainsi décidé que « *la loi ne tient compte ni du résultat de l'usage de l'invention brevetée ni de la qualité de ce résultat, un résultat imparfait ou même constituant une régression ne conduit pas, au sens de la loi, à un défaut d'application industrielle* »⁵³³. Cette décision confirme le jugement rendu dans l'affaire *Chlortoluron*, où le tribunal a décidé que : « *pour qu'une invention soit reconnue brevetable, il est suffisant qu'elle procure un résultat technique immédiat dans l'ordre industriel même si ce résultat est faible et imparfait et si les techniciens considèrent cette invention comme sans intérêt du point de vue commercial et sans utilité dans l'exploitation* »⁵³⁴. Ainsi, il suffit que l'invention puisse être fabriquée ou utilisée sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la qualité de l'objet ou du résultat de l'usage de l'invention. Seul compte l'existence d'un résultat technique qui se confond avec la définition même de l'invention⁵³⁵. La condition d'application industrielle, dénué de tout caractère, devient alors le « parent pauvre » de la brevetabilité, particulièrement facile à satisfaire et peu décisif dans les rares décisions où elle est évoquée. Sur ces constations, certains auteurs envisagent la possibilité de la supprimer⁵³⁶, ce qui apparaît

⁵³² OMPI, « Application industrielle et utilité : points communs et différences », op. cit., p. 4.

⁵³³ TGI Paris, PIBD, 1998, n°659, III, p. 398.

⁵³⁴ TGI Paris, 25 avril 1985, PIBD, 1985, n°375, III, p. 246.

⁵³⁵ Cf. n°165 et s.

⁵³⁶ F. POLLAUD-DULIAN, « La brevetabilité des inventions », op. cit., p. 58.

également dans la dernière rédaction du projet SPLT. Cette condition semble pourtant conserver de son intérêt concernant les inventions biotechnologiques puisque l'article L.611-18 alinéa 2 créé par la loi de 2004 énonce que seule une invention constituant l'application technique d'une fonction biologique peut être protégée, à condition que cette application soit « *concrètement et précisément exposée dans la demande de brevet* ». La condition d'application industrielle survit alors dans la précision des descriptions relatives à la fonction de l'invention. Cette évolution de la condition se retrouve dans tous les Etats-membres de l'Union Européenne qui ont transposé dans leur ordre interne l'article 5.3 de la directive 98/44.

A l'opposé, le Royaume-Uni se démarque des autres pays européens en conservant l'interprétation utilitaire propre à la tradition anglo-saxonne, mais appliquée à une condition d'origine continentale. La Cour Suprême a-t-elle décidé que « *l'industrie n'existe pas pour fabriquer ou utiliser ce qui ne peut servir à aucun usage connu [...] les droits de propriété intellectuelle devraient être réservés à ce qui présente une utilité pratique* »⁵³⁷. Cette position est cependant exceptionnelle et démontre en effet que l'utilisation du terme « application industrielle » par les lois britanniques n'est que sémantique, l'interprétation donnée par l'office britannique des brevets la confondant avec la condition d'utilité : « *référence est faite aux directives pour l'examen de l'utilité émises par l'office des brevets et des marques des Etats-Unis d'Amérique (USPTO) et aux orientations données pour leur application, et les directives concernant l'examen pratiqué à l'office UK mentionnent que, si les directives de l'USPTO n'ont pas d'effet direct au Royaume-Uni, la règle appliquée aux Etats-Unis selon laquelle la divulgation doit démontrer une utilité spécifique est probablement, en ce qui concerne la possibilité d'application industrielle, le genre de divulgation que l'office UK attendrait normalement de toute demande déposée auprès de lui* »⁵³⁸.

B – L'utilité

211. Eléments de comparaison. Selon l'article 35 du Code fédéral américain, une invention est brevetable si elle est un procédé, une machine, un produit manufacturé ou une composition de matière, utile et nouveau, ou un perfectionnement utile est nouveau de ceux-ci. La

⁵³⁷ Chiron Corp vs Murex Diagnostics Ltd and other [1996] RPC 535.

⁵³⁸ OMPI, « Application industrielle et utilité : points communs et différences », op. cit., p. 7.

condition d'utilité est alors plus vaste que la condition d'application industrielle, sans l'englober en totalité. Comme le reconnaît Stanislas ROUX-VAILLARD : « *une invention pouvant être fabriquée dans l'industrie sera susceptible d'application industrielle alors que son utilité n'aura pas pour autant été démontrée puisqu'il n'est pas certain que le but de l'invention soit bénéfique pour l'homme* »⁵³⁹. De même, une invention utile n'est pas toujours susceptible d'application industrielle. Cet article, resté inchangé depuis sa création, était plus facilement comparable à la condition de caractère industriel : « *originellement, la loi américaine disposait que l'invention brevetable était l'invention nouvelle et utile, la condition d'utilité correspondant au caractère industriel de la loi française* »⁵⁴⁰. Aussi pourrions-nous envisager la comparaison entre l'application industrielle et l'utilité comme la comparaison entre l'application industrielle et le caractère industriel. Cependant, cette affirmation n'est valable que pour un élément constitutif de la condition d'application industrielle, celui du mérite – ou de l'absence de mérite – étant donné que le caractère industriel renvoie lui-aussi intrinsèquement à la notion d'industrie.

Or la version américaine de l'utilité ne connaît pas de limitation aux secteurs industriels, aussi large puisse être leur interprétation. Cela se remarque en effet dans la possibilité de breveter une méthode commerciale ou un programme d'ordinateur *per se*⁵⁴¹. De même, en est-il des inventions dont l'application se limiterait à la sphère privée et aux besoins propres d'un individu, même si « *certaines pays qui appliquent le critère d'utilité [...] sauvegardent des possibilités d'usage limité de l'invention, par exemple selon le principe de minimis* »⁵⁴². Il est intéressant de voir qu'à défaut de délimitation sectorielle, ces pays évaluent la condition d'utilité en fonction de critères qui tendent à exclure certains domaines. Ainsi, selon la loi canadienne, l'utilité s'entend comme le fait d'avoir une valeur industrielle ou commerciale d'intérêt public⁵⁴³. De même, les tribunaux australiens ont considéré que « *pour entrer dans le champ de la brevetabilité [...] un procédé doit offrir un avantage matériel, en d'autres termes relever d'un art utile par opposition aux beaux-arts [...] et sa valeur pour le pays doit se situer dans le domaine de l'activité économique* »⁵⁴⁴. Même aux Etats-Unis, la jurisprudence

⁵³⁹ S. ROUX-VAILLARD, « Les jurisprudences française et américaine comparées en matière de conditions de brevetabilité », op. cit., p. 120.

⁵⁴⁰ P. MATHÉLY et J. LAVOIX, « L'activité inventive, condition de brevetabilité », Ann. 1956, p. 277.

⁵⁴¹ Cf. n°179 et s.

⁵⁴² OMPI, « Application industrielle et utilité : points communs et différences », op. cit., p. 4.

⁵⁴³ G-F TAKACH, « Patents : a Canadian compendium of law and practice », Edmonton Juriliber, 1993, p. 34.

⁵⁴⁴ National Research Development Corporation vs Commissioner of patent [1959] 102 CLR 417. Voir également : IBM vs Commissioner of patent [1991] 22 IPR 417.

rapproche la notion d'utilité de celle de bénéfice économique⁵⁴⁵. Nous retrouvons alors les mêmes situations de rejet de brevetabilité pour défaut d'utilité ou d'application industrielle des inventions dépourvues de valeur économique, telles que des inventions inopérantes ou inexploitable⁵⁴⁶.

L'absence de limitation sectorielle se remarque également dans les chevauchements existants entre la condition d'utilité et le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. En effet, si en France, comme dans les Etats européens, l'exclusion des inventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs est prévue par une disposition spéciale de la loi – en l'espèce l'article L-611-17 du Code français de la propriété intellectuelle selon lequel « *ne sont pas brevetables : a) les inventions dont la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, la mise en œuvre d'une telle invention ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition législative ou réglementaire* » - rappelons que la loi américaine, qui tend à la confusion entre la définition de l'invention et les conditions de brevetabilité, considère que l'invention illégale ou contraire à la morale sera dépourvue d'utilité.

212. le mérite de l'invention. La section 101 du Code fédéral américain ne définit pas le sens exact de la notion d'utilité, laissant le champ libre aux *Utility Examination guidelines*, selon lesquelles l'utilité doit d'abord être crédible. Cette crédibilité est fondée sur une logique de rentabilité étudiée par l'homme du métier, qui nous ramène à la délimitation du secteur économique que nous venons de mettre en avant.⁵⁴⁷

Elle doit ensuite être spécifique et substantielle, ce qui signifie qu'elle doit être exploitée dans un contexte précis et réel. Selon l'USPTO :

- La jurisprudence américaine définit volontiers l'utilité spécifique en relevant l'existence d'un bénéfice particulier pour le public⁵⁴⁸. Par exemple, une revendication concernant un polynucléide utilisé comme marqueur chromosomique n'est pas susceptible d'une utilité spécifique à défaut de divulgation de la cible ADN qu'il doit

⁵⁴⁵ State Street Bank vs Signature Fin Group [1998] 139 F3d 1368.

⁵⁴⁶ OMPI, « Application industrielle et utilité : points communs et différences », op. cit., p. 15.

⁵⁴⁷ www.uspto.gov/web/menu/utility.pdf (consulté le 1er juillet 2016).

⁵⁴⁸ In re Fisher, [2005] 421 F.3d 1365.

marquer⁵⁴⁹. De même, un usage biomédical n'est pas suffisamment précis pour déterminer l'utilité spécifique d'un médicament⁵⁵⁰. De manière générale, une revendication prenant la forme d'une déclaration générale qui induit l'utilité de ce qui a été divulgué est insuffisante⁵⁵¹.

- Pour qu'une invention bénéficie d'une utilité substantielle, elle ne doit pas consister en une recherche complémentaire pour déterminer ou confirmer raisonnablement un cadre d'utilisation 'dans le monde réel'. L'USPTO donne de nombreux exemples de situations qui ne correspondent pas à une utilité substantielle⁵⁵², tels que la recherche fondamentale, l'étude des propriétés d'un produit en tant que tel, ou encore une utilité de recyclage : « une utilité que l'on peut dire de 'recyclage' ne répond pas au critère de l'utilité spécifique ou concrète. Par exemple, que des souris transgéniques servent à nourrir des serpents est une utilité qui n'est ni spécifique (toutes les souris peuvent servir d'aliments pour serpents) ni concrète (nourrir des serpents avec des souris qui coûtent des dizaines de milliers de dollars à produire n'est pas une utilisation 'du monde réel') »⁵⁵³

Ainsi, par cette définition, l'approche américaine se différencie de l'approche européenne en ce qu'elle tend à prendre en compte le mérite de l'invention. Ainsi, le juge se détache de la mise en œuvre de l'invention, cette dernière ne suffit plus à établir l'utilité. Si nous avons mis en évidence l'absence d'utilité d'une invention irréalisable aussi bien en Europe qu'aux Etats-Unis, cette impossibilité de mise en œuvre doit être totale sur le territoire américain⁵⁵⁴. Le fait que l'invention soit très limitée ne suffit pas⁵⁵⁵.

En revanche, en préférant étudier le résultat de l'invention, le juge américain peut prendre en compte son mérite. Dans l'affaire *In re Anthony*, bien que l'office des brevets ait rejeté la demande de brevet étant donné les effets secondaires parfois mortels de l'invention, la Cour d'appel a jugé que cette dernière n'était pas totalement nocive et qu'au vu de son succès commercial, elle était brevetable⁵⁵⁶. Le succès commercial d'une invention est

⁵⁴⁹ Idem.

⁵⁵⁰ In re Kirk, [1967] 376 F.2d 936 ; In re Joly, [1967] 376 F.2d 906.

⁵⁵¹ Knapp vs Anderson, [1967] 477 F.2d 588.

⁵⁵² Sur ce point : voir la fiche 2107.01 du *Manual of Patent Examination Procedure* : <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/mpep.htm> (consulté le 1er juillet 2016).

⁵⁵³ OMPI, « Application industrielle et utilité : points communs et différences », op. cit., p. 11.

⁵⁵⁴ *Envirotech Corp vs Al George Inc.*, [1984] 730 F.2d 753.

⁵⁵⁵ *Moleculon Research Corp vs CBS*, [1989] 10 USPQ2d 1390.

⁵⁵⁶ In re Anthony, [1969] 162 USPQ 594.

alors un moyen sûr de prouver son utilité. Cependant, comme le remarque Stanislas ROUX-VAILLARD, « *le mérite de l'invention permet d'affirmer son utilité alors que la seule absence de mérite de l'invention ne suffit pas à écarter son utilité* »⁵⁵⁷. Tel est le cas dans l'affaire *Custom Accessories Inc. vs Jeffrey-Allan Industries Inc.* ou la Cour considère que la performance n'est pas en soi une condition de brevetabilité et que le fait qu'une invention soit moins efficace que ce qui existe déjà peut parfaitement respecter les critères légaux de brevetabilité⁵⁵⁸.

⁵⁵⁷ S. ROUX-VAILLARD, « Les jurisprudences française et américaine comparées en matière de conditions de brevetabilité », op. cit., p. 125.

⁵⁵⁸ *Custom Accessories Inc. vs Jeffrey-Allan Industries Inc.*, [1986] 1 USPQ2d 1196.

Chapitre deux

Le droit d'exploitation

213. Des acteurs différents. Contrairement à la question de l'harmonisation des conditions de brevetabilité qui a lieu dès la rédaction de l'Accord sur les ADPIC, celle de l'effet des brevets a été beaucoup plus tardive. Le jeu de concurrence dans l'exportation du droit entre les lois américaine et européenne ont abouti aux articles 28 à 31 de l'Accord sur les ADPIC dont la rédaction imprécise a ouvert la voie aux discussions sur les marges de manœuvres nationales. Par conséquent, ce chapitre s'intéressera plus aux débats entrepris entre les pays émergents et les pays industrialisés qu'à l'étude des lois américaine et européenne.

214. Plan. Ainsi, il est communément admis que le brevet emporte l'existence de droits exclusifs dont les modalités d'exercice par le titulaire sont en grande partie laissées à l'appréciation des Etats. Ces derniers, contraints à l'adoption de dispositions sur la brevetabilité parfois considérées comme trop strictes, saisissent l'opportunité de limiter les effets du brevet afin d'adopter une législation qui répond au mieux à leurs besoins nationaux ainsi qu'à leur volonté politique de protéger certains secteurs d'activité comme la santé ou l'agriculture. L'utilisation de ces marges de manœuvre se retrouve aussi bien dans la définition du monopole d'exploitation et de ses limites et exception (section 1) que dans les moyens mis en œuvre afin d'empêcher toute atteinte à ce monopole (section 2).

Section 1 – Le monopole d'exploitation

215. La naissance d'un monopole. Le brevet a pour objet l'obtention d'un droit exclusif sur l'invention. Cet effet principal du brevet ne peut être contesté puisqu'il s'agit là de son essence même et qu'il est consacré dans les principaux traités en matière de propriété intellectuelle. Ce droit permet au titulaire du brevet d'empêcher toute utilisation de son invention sans son consentement.

216. Controverse. La négociation des limites de ce droit n'a cependant pas été aussi aisée qu'il n'y paraît. Il convient de signaler que l'inclusion dans le monopole d'exploitation des produits obtenus par un procédé breveté a nécessité un débat long et difficile. Malgré la rédaction de l'article 28 de l'Accord sur les ADPIC, les dernières négociations du projet SPLT ont abouti à une rédaction d'un article 19 qui nous montre que certains pays, Argentine en tête, refusent la protection du produit résultant d'un procédé breveté, contre certains actes comme l'importation. Le débat se développe d'autant plus que la Cour suprême du Japon a, dans une décision du 15 juin 2015, interdit de manière rétroactive les revendications dites *Products-by-process* – selon lesquelles le déposant pouvait revendiquer un produit caractérisé par son procédé d'obtention – au motif d'un manque de clarté⁵⁵⁹.

Une seconde controverse porte sur les exceptions et limitations aux droits conférés par le brevet. A ce sujet, notons le silence de la loi américaine qui se contente de réunir des caractéristiques générales sous la notion de « *fair use* », alors que la pratique des autres pays consistent à énumérer une liste de toutes les exceptions et limitations accordées par la loi.

Ainsi, nous étudierons d'une part le droit conféré par le brevet à son titulaire (I), puis ses exceptions et limitations (II).

I – Les droits du titulaire du brevet

217. Accord sur les ADPIC. L'article 28 du traité régi par l'OMC dispose que : « *un brevet confèrera à son titulaire les droits exclusifs suivants:*

a) dans les cas où l'objet du brevet est un produit, empêcher des tiers agissant sans son consentement d'accomplir les actes ci-après: fabriquer, utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer à ces fins ce produit ;

b) dans les cas où l'objet du brevet est un procédé, empêcher des tiers agissant sans son consentement d'accomplir l'acte consistant à utiliser le procédé et les actes ci-après: utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer à ces fins, au moins le produit obtenu directement par ce procédé.

⁵⁵⁹ OTA & Associate, « Info-Japon », n°62, décembre 2015, p.2, <http://www.otapatent.com/fr/newsletter.html> (consulté le 1er juillet 2016).

Le titulaire d'un brevet aura aussi le droit de céder, ou de transmettre par voie successorale, le brevet et de conclure des contrats de licence ».

Le premier paragraphe concernant le monopole offert au titulaire reprend des normes considérées aujourd'hui comme assez répandues dans les pays industrialisés. Beaucoup de législations nationales reprennent en effet la forme d'une liste d'actes admissibles.

Le second paragraphe prévoit quant à lui une certaine liberté pour que le titulaire puisse céder ou léguer tout ou partie de ses droits. La question qui se pose est celle des conditions contractuelles d'un tel transfert. L'Accord sur les ADPIC n'y répond pas. De même, en raison du principe largement admis de la liberté contractuelle, peu de législations s'y intéressent, ce qui a pour conséquence de sortir cette question de la délimitation de notre sujet. Remarquons simplement les propos de Daniel GERVAIS en ce domaine : *« La question qui se pose est celle de savoir si, en autorisant de tels transferts, les membres de l'OMC peuvent imposer des conditions, comme la cession de l'entreprise ou du fonds de commerce (voir alinéa 31.E) auquel il se rapporte, ou des conditions concernant d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles. On peut présumer que les conditions qui constitueraient de facto une limite à la possibilité de céder des droits de façon à la rendre impossible ne seraient pas autorisées. A l'autre extrémité, des mesures, comme le fait d'exiger que la transmission soit faite par écrit ou puisse être prouvée par ailleurs de manière adéquate seraient admissibles (voir par exemple l'article 51 bis.1(a) du Règlement d'exécution du PCT). D'autres mesures tombant dans la zone grise entre ces deux extrêmes seraient jugées au cas par cas, en utilisant comme point de référence peut-être utile la norme relative aux exceptions figurant sous une forme plus ou moins identique aux articles 13 et 17, au paragraphe 26.2 et à l'article 30, c'est-à-dire que l'exigence ne doit pas porter atteinte déraisonnablement à l'exploitation du brevet ni aux intérêts légitimes du titulaire du brevet »*⁵⁶⁰.

218. L'importation. La notion d'exploitation a évolué depuis la création de l'OMC. Une conception plus traditionnelle était par exemple utilisée par l'OAPI avant 1999. En effet, l'article 58 de l'accord de Bangui dans sa version non révisée prévoyait que le titulaire ne pouvait agir en contrefaçon s'il ne prouvait pas la fabrication sur le territoire de l'un des

⁵⁶⁰ D. GERVAIS, « L'Accord sur les ADPIC », op. cit., p. 370.

membres le produit breveté. La précision quant au territoire était alors interprétée strictement, c'est-à-dire que le produit devait être fabriqué et non seulement commercialisé. Cette position se retrouvait également en Europe. Une étude exégétique de l'ancienne loi française sur les brevets montrait l'utilisation d'une conception très traditionnelle de l'exploitation. Monsieur SABATIER a ainsi considéré que « *l'exploitation consiste dans la fabrication du produit ou en la mise en œuvre en France du procédé protégé par le brevet. L'importation n'équivaut pas à l'exploitation requise* »⁵⁶¹.

L'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC a donc consacré une conception nouvelle de la notion d'exploitation. En effet, d'une part, l'article 27 admet qu'il « *sera possible de jouir des droits du brevet sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale* », et d'autre part, l'article 28 liste les actes d'exploitation régis par le droit au brevet : « *utiliser, offrir à la vente, vendre ou importer à ces fins* ». L'importation étant maintenant expressément admise comme acte d'exploitation au sein de l'Accord sur les ADPIC, nous pouvons légitimement penser que cela a eu pour conséquence la modification des lois nationales des Etats-membres de l'OMC. La question n'est cependant pas clairement tranchée à la lecture des différentes législations actuelles. Ainsi :

- La plupart des Etats-membres de l'OMC considèrent expressément l'importation comme une forme d'exploitation du brevet⁵⁶². Cette acceptation des importations peut cependant prendre plusieurs formes, en fonction de la provenance et de la destination des produits importés. Concernant la provenance, nous pouvons nous intéresser à l'exemple de la France, où l'article L.613-11 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que l'importation de produits brevetés fabriqués dans un Etat-membre de l'OMC est considérée comme une exploitation de l'invention. Concernant la destination, les pays de l'Union Européenne, régis par le marché unique prennent en compte non seulement l'importation sur leur propre territoire mais également l'importation dans au moins un Etat membre de l'Union européenne et/ou de l'Espace économique européen. Dans le même esprit, le Danemark et la Finlande reconnaissent

⁵⁶¹ M SABATIER, « Mesures autoritaires sur les brevets », JCP, 1988, n°520, p. 6.

⁵⁶² Nous pouvons citer en exemple la France, la Gambie, le Honduras, Israël, le Japon, la Malaisie, le Maroc, l'île Maurice, le Mexique, les Pays-Bas, le Portugal, la Suisse, la Turquie et l'Ukraine.

que l'exploitation sur le territoire d'un pays étranger des produits importés équivaut à une exploitation sur leur territoire sous réserve de réciprocité⁵⁶³.

- A l'opposé, d'autres pays considèrent que l'importation ne peut être considérée comme une exploitation valable de l'invention. Ce refus peut être exprès⁵⁶⁴ ou être interprété par les autorités locales comme un motif illégitime⁵⁶⁵. Au Brésil, il est possible d'accorder une licence en cas de défaut de fabrication ou fabrication incomplète du produit sur son territoire, sauf si ladite fabrication est rendue matériellement impossible d'un point de vue économique ou que l'importation est expressément autorisée⁵⁶⁶.
- L'Afrique du Sud nous présente un modèle législatif à part en ce qu'il prévoit des conditions particulières liées aux modalités d'importation. Ainsi, l'importation est uniquement considérée comme un acte d'exploitation dans la mesure où elle n'engendre pas comme conséquence une hausse excessive des prix⁵⁶⁷.
- Enfin, notons le cas particulier de l'Inde sur le territoire duquel la question est encore en cours de débat⁵⁶⁸.

II – Les exceptions et limitations aux droits conférés par le brevet

219. Des exceptions générales. L'article 30 de l'Accord sur les ADPIC, qui dispose que « les Membres pourront prévoir des exceptions limitées aux droits exclusifs conférés par un brevet, à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation

⁵⁶³ Concernant le Danemark : article 45.2 de la loi danoise de 2009 : « *The Minister of Economic and Business Affairs may provide that for the purposes of the provision of subsection 1 working of the invention in another country shall be equivalent to working in this country. Such a provision may be made subject to reciprocity* ».

Concernant la Finlande : article 45.2 de la loi finnoise sur les brevets : « *Subject to reciprocity, the Government may decree that, for the purposes of subsection (1) of this Section, the working of an invention in a foreign State shall be deemed equivalent to working in this country* ».

⁵⁶⁴ Article 15 du décret-loi qatari de 2006 : « *In all cases, mandatory license shall not be issued if the patent owner provides legitimate reasons. However, importing the product shall not serve as legitimate reason* ». De même, la section 37(6)(b) de la loi zambienne de 1957 prévoit que « *if the working of the invention within Zambia on a commercial scale is being prevented or hindered by the importation of the patented article by the patentee or persons claiming under him, or by persons directly or indirectly purchasing from him or by persons against whom the patentee is not taking or has not taken proceedings for infringement* ».

⁵⁶⁵ Réponse de l'Ouganda : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁵⁶⁶ Article 68 de la loi brésilienne de 1996.

⁵⁶⁷ Section 56.2(e) de la loi sud-africaine de 1978 : « *the demand in the Republic for the patented article is being met by importation and the price charged by the patentee, his licensee or agent for the patented article is excessive in relation to the price charged therefore in countries where the patented article is manufactured by or under license from the patentee or his predecessor or successor in title* ».

⁵⁶⁸ Réponse de l'Inde : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers », ressemble à d'autres exceptions générales contenues aux articles 13, 17 et 26.2 de l'Accord sur les ADPIC. La seule mention de critères généraux démontre en effet la volonté des rédacteurs de mettre en œuvre, pour chaque droit de propriété intellectuelle, des limitations dont la qualification serait soumise à l'entière souveraineté des Etats.

Cependant, l'article se différencie en ce qu'il souffre de la rédaction de l'article 31 qui, prévoyant des exceptions spécifiques, établit une structure des textes équivalente à celles des articles 27.2 et 27.3, c'est-à-dire un régime général d'exception suivi d'exceptions plus précises. Cette distinction s'explique parfaitement par le fait que les exceptions de l'article 30 sont d'application automatique alors que celles de l'article 31 sont subordonnées à une décision administrative.

220. Des exceptions limitées. La définition des caractères de la limitation ou exception au droit d'exploitation nous a été livrée par le groupe spécial dans son rapport du 17 mars 2000. D'une part, alors que l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC nous renvoie à la notion d'« exceptions limitées », le groupe spécial nous rappelle que ces termes « *exprimaient l'obligation de faire en sorte que l'exception ne réduise que dans une marge étroite les droits juridiques qui selon l'article 28.1 devaient être accordés aux titulaires de brevets, et que cette réduction devait être mesurée en déterminant jusqu'à quel point il avait été porté atteinte aux droits juridiques affectés eux-mêmes* »⁵⁶⁹. Ainsi, il a pu être considéré que, sans aucune limitation de volume de production l'exception sur le stockage ne correspond pas à la définition d'exception limitée⁵⁷⁰, alors que l'exception pour examen réglementaire est « *limitée puisqu'elle réduit dans une marge étroite les droits prévus à l'article 28.1 : tant que l'exception est circonscrite au comportement nécessaire pour satisfaire aux prescriptions du processus d'approbation réglementaire, l'ampleur des actes non-autorisés par le détenteur du droit qui sont permis par l'exception sera faible et étroitement délimité* »⁵⁷¹. Cette position s'explique en effet par le fait que l'exception s'étudie au cas par cas en fonction de la

⁵⁶⁹ OMC, «Canada – Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques – Rapport du Groupe spécial », 17 mars 2000, WT/DS114/R, p. 189.

⁵⁷⁰ Idem, p. 186.

⁵⁷¹ Idem, p. 190.

limitation des droits conférés par le brevet, et non en fonction de la limitation du domaine de l'exception à un secteur technologique donné.

221. Une exploitation normale. La deuxième condition prévue par l'article 30 concerne les exceptions qui « *portent [...] atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet* ». Pour le Groupe spécial, « *l' 'exploitation' désigne l'activité commerciale dans le cadre de laquelle les titulaires de brevets utilisent leurs droits de brevet exclusifs pour extraire la valeur économique de leurs brevets* », alors que « *le terme 'normale' définit le type d'activité commerciale que l'article 30 vise à protéger* »⁵⁷². Ainsi l'exploitation normale des brevets ne se limite pas aux bénéfices tirés de la vente mais aussi au droit d'exclure la fabrication et l'utilisation de l'invention. Par contre, si ces derniers entraînent souvent une période d'exclusivité commerciale de facto après la fin du brevet, cette période ne peut être considérée comme une conséquence normale du brevet⁵⁷³.

222. Un intérêt légitime. Enfin, la troisième condition énoncée à l'article 30 est que l'exception proposée ne doit pas causer « *un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers* ». Selon le Groupe spécial, les intérêts légitimes ne peuvent se restreindre aux seuls intérêts juridiques des titulaires et des tiers mais aussi à leurs intérêts économiques et politiques dès lors que les tiers à l'invention n'ont, par principe, aucun intérêt juridique sur ladite invention. L'expression doit alors être définie « *comme une allégation normative prévoyant la protection d'intérêts qui sont justifiables en ce sens qu'ils sont étayés par des politiques générales publiques pertinentes ou d'autres normes sociales* »⁵⁷⁴.

Sur ce point, les rédacteurs de l'Accord sur les ADPIC se sont largement inspirés de l'article 9.2 de la Convention de Berne, bien que la rédaction n'en fût pas entièrement reprise : l'Accord sur les ADPIC tient compte également des intérêts légitimes des tiers. Cependant, la conception économique des intérêts légitimes de l'auteur et de l'exploitation normale de

⁵⁷² Idem, p. 193.

⁵⁷³ Idem, pp. 192-193.

⁵⁷⁴ Idem, p. 197.

l'œuvre par les rédacteurs de la Convention de Berne est parfaitement transposable au droit des brevets :

« S'il est estimé que la reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre, il convient alors d'examiner si elle ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur. Seulement s'il n'en est pas ainsi, il serait possible dans certains cas spéciaux d'introduire une licence obligatoire ou de prévoir une utilisation sans paiement. A titre d'exemple pratique, la photocopie dans divers buts peut être mentionnée. Si elle consiste dans la confection d'un très grand nombre d'exemplaires, elle ne peut pas être permise, car elle porte atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Si elle implique la confection d'un nombre d'exemplaires relativement grand pour l'utilisation dans des entreprises industrielles, elle peut ne pas causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur, sous la condition que, selon la législation nationale, une rémunération équitable doive être versée. Si elle est faite en petite quantité d'exemplaires, la photocopie peut être permise sans paiement, notamment pour un usage individuel ou scientifique »⁵⁷⁵.

223. Plan. Le Comité Permanent des Brevets a, en 2011, établi un questionnaire à destination de tous les Etats-membres. L'OMPI y distingue différents exemples d'exceptions et de limitations que nous étudierons ci-dessous : l'utilisation à des fins privées ou non-commerciales (I), l'utilisation à des fins expérimentales (II), la préparation extemporanée des médicaments (III), les mesures prises pour l'obtention d'une approbation réglementaire (IV), l'utilisation par les agriculteurs (V), l'utilisation au sein d'un aéronef (V) et la licence obligatoire (VI)

⁵⁷⁵ OMPI, « Rapport sur les travaux de la Commission principale n°1 » dans « Actes de la Conférence de Stockholm de la propriété intellectuelle », 11 juin – 14 juillet 1967, OMPI, Volume II, p. 1152.

EXCEPTIONS	REGLEMENTAIRE	PRETORIENNE	PAS DE REPONSE
Fins privées	51	1	20
Fins expérimentales	61	2	9
Préparation extemporanée de médicaments	34	0	38
Approbation réglementaire	43	0	29
Agriculteurs	26	0	47
Aéronefs	60	0	12
Licences obligatoires	70	0	2

TABLEAU N°6 : STATISTIQUES DES REPONSES DES ETATS-MEMBRES DE L'OMPI AU QUESTIONNAIRE SUR LES LIMITATIONS ET EXCEPTIONS RELATIVES AUX DROITS DE BREVET⁵⁷⁶.

A – L'utilisation à des fins privées ou non-commerciales

224. Objectifs de politique publique. L'usage à titre privé ou à des fins non-commerciales est souvent présenté comme la raison d'être du système des brevets : étant donné que les lois nationales ont tendance à énumérer les actes de contrefaçon en fonction de leur caractère commercial⁵⁷⁷, il semble logique que les actes hors commerce ne soient pas susceptibles d'être qualifiés ainsi.

De nombreux Etats considèrent que les objectifs de politique publique visés pour justifier l'exception ont pour objet d'assurer la balance des intérêts entre le propriétaire de l'invention et son utilisateur. En effet, conformément à l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC, cette exception ne porte pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne cause un préjudice injustifié à son propriétaire, mais contribue à la promotion de l'innovation technologique et à la diffusion de la technologie, « *à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent*

⁵⁷⁶ Toutes les réponses ont été collectées dans la base de données de l'OMPI : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁵⁷⁷ A titre d'exemple, rappelons que l'article L.613-3 du Code français de la propriété intellectuelle dispose que « *sont interdits, à défaut de consentement du propriétaire du brevet : a) La fabrication, l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation ou bien l'importation ou la détention aux fins précitées du produit objet du brevet...* » Tous les actes décrits dans cet article sont des actes commerciaux.

et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations »⁵⁷⁸.

225. Définition positive ou négative de l'exception. Le premier critère à prendre en compte est alors le mécanisme de mise en œuvre de l'exception dans la rédaction des lois nationales. Nous constatons en effet que, à l'instar de la définition de l'invention, une recherche par dichotomie nous permet de catégoriser les lois prévoyant une définition positive de l'exception, et les lois prévoyant une définition négative de cette même exception.

Ainsi, dans certains Etats membres comme l'Algérie⁵⁷⁹, la Chine⁵⁸⁰, la Norvège⁵⁸¹, les Pays-Bas⁵⁸², la Pologne⁵⁸³ et la République de Corée⁵⁸⁴, le droit conféré par un brevet est lui-même défini comme un droit d'empêcher l'exploitation commerciale de l'invention. Par contre, la plupart des Etats-membres, à l'exemple de l'Espagne⁵⁸⁵, de la France⁵⁸⁶, du Portugal⁵⁸⁷, de la Suisse⁵⁸⁸, ou des membres de la Communauté Andine⁵⁸⁹, prévoient une délimitation bien plus

⁵⁷⁸ OMPI, « exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : utilisation à titre privé ou à des fins non-commerciales », SCP/20/3, 15 novembre 2013, p. 2.

⁵⁷⁹ Article 12 de l'ordonnance algérienne de 2003 : « Les droits découlant d'un brevet ne s'appliquent qu'aux actes accomplis à des fins industrielles ou commerciales ».

⁵⁸⁰ Article 11 de la loi chinoise de 1984 : « Une fois que le brevet est accordé pour une invention ou un modèle d'utilité, aucun individu ne peut l'exploiter, sauf disposition contraire de la présente loi, sans l'autorisation du titulaire du brevet, c'est-à-dire qu'il ne peut, à des fins commerciales ou de production, fabriquer, utiliser, offrir de vendre, vendre ou importer les produits brevetés, utiliser la méthode brevetée, ou utiliser, offrir de vendre, vendre ou importer les produits fabriqués ».

⁵⁸¹ Article 1.1 de la loi norvégienne de 1970 : « Dans tout domaine technique, toute personne à l'origine d'une invention qui est susceptible d'une application industrielle ou son successeur en titre doit, conformément à la présente loi, avoir le droit d'obtenir sur demande un brevet pour l'invention et obtenir ainsi droit exclusif d'exploiter l'invention commercialement ».

⁵⁸² Article 53 de la loi néerlandaise de 1994.

⁵⁸³ Article 66.1 de la loi polonaise de 2000 : « Le détenteur du brevet a le droit d'empêcher tout tiers qui n'a pas son consentement d'exploiter son invention à des fins lucratives ou à des fins professionnelles en effectuant les actes suivants :

(i) fabriquer, utiliser, offrir, mettre sur le marché un produit qui fait l'objet de l'invention, ou importer le produit à ces fins, ou

(ii) l'utilisation d'un procédé objet de l'invention, ainsi que l'utilisation, l'offre, la mise sur le marché ou l'importation à ces fins du produit directement obtenu par ce procédé ».

⁵⁸⁴ Article 94 de la loi coréenne de 1961 : « Le titulaire du brevet a le droit exclusif d'utiliser une invention brevetée à l'échelle commerciale et industrielle ».

⁵⁸⁵ Article 52 de la loi espagnole de 1986 : « Les droits conférés à un brevet ne peuvent couvrir : 1(a) les actes de la vie privée qui n'ont pas de but commercial ».

⁵⁸⁶ Article L.613-5 du Code français de la propriété intellectuelle.

⁵⁸⁷ Article 102 du Code portugais de la propriété industrielle : « Les droits conférés à un brevet ne peuvent couvrir : 1(a) les actes de la vie privée qui n'ont pas de but commercial ».

⁵⁸⁸ Article 9.1 de la loi fédérale suisse de 1954 : « Les droits conférés à un brevet ne peuvent couvrir : (a) les actes entrepris dans un secteur privé dans un but non-commercial ».

⁵⁸⁹ Article 52 de la décision n°486 de la Commission de la Communauté Andine.

élargie du droit conféré par le brevet et définissent l'exception par un mécanisme juridique séparé, ce dernier s'appliquant aux actes accomplis dans la sphère privée et à des fins non commerciales.

Une telle distinction peut alors nous donner deux arguments dans l'analyse de l'exception :

D'une part, l'intégration du caractère commercial au sein même de la délimitation du droit conféré par le brevet démontre bien l'importance de l'exception considérée par certains Etats. L'utilisation à titre non-commercial n'est alors plus considérée comme une simple exception au système des brevets mais en fonde son existence, distinguant nécessairement son régime juridique des autres exceptions que nous étudierons ultérieurement. Cela se remarque particulièrement dans les difficultés qu'éprouvent certains Etats à distinguer l'utilisation de l'invention à titre privé ou non commercial et l'utilisation de l'invention des fins d'enseignement ou de recherche. Plusieurs preuves de cette confusion ont en effet été relevées par l'OMPI : *« par exemple, au Mexique, les droits attachés au brevet ne sont pas opposables à un tiers qui, à titre privé ou dans un contexte universitaire et à des fins non-commerciales, mène des activités de recherche scientifique ou technologique à des fins purement expérimentales, procède à des essais ou mène des activités d'enseignement. Au Kenya, l'article 58 de la loi sur la propriété industrielle de 2002 dispose que les droits attachés au brevet s'étendent uniquement aux actes accomplis à des fins industrielles ou commerciales et, en particulier, non aux actes accomplis à des fins de recherche scientifique. En Israël, le Tribunal d'arrondissement de Tel Aviv a décidé que la recherche médicale pure aux fins de la découverte des propriétés médicinales d'un objet breveté n'est pas considérée comme une activité commerciale, même si elle implique des investissements et des expériences à grande échelle, et, par conséquent, elle doit être comprise dans l'exception »*⁵⁹⁰. Il ressort en effet de ces différents exemples une meilleure complémentarité des mécanismes propres à chacune des exceptions dans les pays prévoyant le caractère commercial de l'utilisation du brevet dans la délimitation même de ce dernier. A l'inverse, les pays prévoyant deux mécanismes identiques d'exception sont plus souvent soumis à confusions.

D'autre part, nous remarquons que dans les pays favorables à une définition positive de l'invention, le vocabulaire utilisé est beaucoup plus restreint et ne révèle pas la même réalité

⁵⁹⁰ OMPI, « exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : utilisation à titre privé ou à des fins non-commerciales », op. cit., pp. 7-8.

que le vocabulaire présenté dans la définition positive. Ainsi, cette dernière se place dans une sphère « commerciale », « professionnelle » ou « opérationnelle » dont le contenu est homogène⁵⁹¹, alors que la première est déchirée entre l'usage à titre non-commercial et l'usage à titre privé. Or, il aurait été plus aisé de considérer ces deux notions comme synonymes si elles n'étaient pas mentionnées dans certaines lois nationales comme cumulatives ou alternatives. Cette différence de vocabulaire modifie alors nécessairement les critères que nous pouvons mettre en avant afin de définir au mieux cette exception.

226. La définition des termes « privé » et « commercial ». A la lecture des difficultés d'analyse que nous avons pu mettre en avant ci-dessus, nous avons pu déterminer différents critères de définition des termes « privé » et « commercial » :

Le premier critère que nous pouvons mettre en exergue a été avancé par la Hongrie qui tire la définition conceptuelle de l'exception d'autres lois nationales, notamment du droit civil et du droit fiscal⁵⁹². Cependant, si ce critère permet en effet d'établir une ébauche pertinente de la définition d'une activité commerciale, nous ne pouvons cependant le prendre en compte comme un critère à part entière étant donné l'imprécision, la rapide évolution et l'absence de contexte international des lois envisagées pour la comparaison.

Le deuxième critère est le caractère lucratif de l'utilisation de l'invention brevetée. Ce critère est en effet le plus logique car il répond directement aux dispositions de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC interdisant au tiers-utilisateur du brevet d'en tirer des bénéfices. Ainsi, la grande majorité des Etats justifient l'utilisation à des fins commerciales en se référant aux activités engendrant bénéfice et profit. L'Australie prévoit par exemple qu'une activité commerciale est une activité économique « *d'une certaine durée, suivant un concept utilitaire et reproductible, qui, sans être nécessairement à fin lucrative – ne sert pas seulement la satisfaction des besoins personnels* »⁵⁹³. De même, la Russie prévoit que n'est pas une atteinte au brevet « *l'utilisation d'une invention brevetée pour des besoins privés familiaux, domestiques ou autres, non liés à une activité professionnelle, lorsque le but d'une*

⁵⁹¹ Idem, p. 5.

⁵⁹² Réponse de la Hongrie : « selon l'alinéa 1 de l'article 6 de la loi CXXVII de 2007 relative à la taxe sur la valeur ajoutée, on entend par activité économique l'exercice d'une activité d'une manière professionnelle, de façon permanente ou sur une base régulière, si elle vise ou aboutit à la réalisation d'une valeur et est effectuée de manière indépendante » <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁵⁹³ Réponse de l'Australie, <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

telle utilisation n'est pas de tirer un profit ou un bénéfice »⁵⁹⁴. Cependant, si l'absence de caractère lucratif est essentielle pour définir l'exception, il ne peut se suffire à lui seul puisque l'éventail de vocabulaire utilisé dans la rédaction des lois nationales que nous avons étudiées précédemment nous dévoile diverses situations où un Etat peut considérer l'atteinte au brevet constituée alors même que le tiers-utilisateur n'en obtient aucun bénéfice. Rappelons en effet l'exemple d'Israël, où le Tribunal de grande instance de Tel-Aviv a décidé que la recherche médicale pure ne constituait pas une activité commerciale en tant que telle, tant que les produits en résultant n'étaient pas distribués, même à titre gratuit, à des clients potentiels⁵⁹⁵.

La recherche d'un troisième critère afin de compléter les lacunes du caractère lucratif étudié ci-dessus nous oblige alors à regarder la différence que certains Etats peuvent reconnaître entre l'utilisation à des fins non-commerciales et l'utilisation à titre privé :

- Concernant les pays prévoyant l'utilisation du brevet à des fins non-commerciales – ou limitant directement les droits du brevet à l'exploitation commerciale de l'invention – la question s'est posée de prendre en compte les activités pouvant être qualifiées de commerciales et n'engendrant aucun bénéfice. Sont alors mis en avant l'importance et la finalité des activités commerciales. Peu d'Etats ont mis l'accent sur l'importance des activités. Aux Philippines, et en Israël, ne sont reconnus comme atteinte les actes accomplis à une échelle commerciale⁵⁹⁶. De même, comme nous l'avons vu précédemment, la Hongrie définit l'activité commerciale comme une activité régulière et permanente, tendant alors à exclure du droit des brevets les actes isolés. Par contre, plus nombreux sont les pays à mettre en avant la finalité de l'activité commerciale qui, au-delà des aspects purement économiques, est d'assurer sa pérennité. Ainsi, la Cour suprême d'arbitrage de Russie a-t-elle considéré que l'utilisation d'une invention afin de sauvegarder l'activité d'une société commerciale doit être interprétée comme ayant une finalité commerciale⁵⁹⁷. L'OMPI en tire les exemples suivants : *« l'utilisation par une entreprise d'une solution brevetée pour nettoyer la neige à l'intérieur de ses locaux pour le passage des employés pourrait, notamment, être considérée comme une utilisation à titre personnel, tandis que le nettoyage humide des sols dans un centre*

⁵⁹⁴ Réponse de la Russie, <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁵⁹⁵ OMPI, « exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : utilisation à titre privé ou à des fins non-commerciales », op. cit, p. 8.

⁵⁹⁶ Idem, p. 7.

⁵⁹⁷ Paragraphe 5 de la Résolution n°18 du 22 octobre 1997 de l'Assemblée plénière de la Cour suprême d'arbitrage de la Fédération de Russie.

commercial devrait être considéré comme une utilisation pour sauvegarder l'activité de l'entreprise »⁵⁹⁸. Ainsi, dès lors qu'un produit ou un procédé breveté est utilisé dans le but de sauvegarder une activité commerciale, cette utilisation est constitutive d'une contrefaçon, peu importe qu'elle n'engendre pas de bénéfice pécuniaire.

- Concernant les pays mentionnant l'utilisation à titre privé, la meilleure définition que nous ayons pu analyser est celle de la jurisprudence britannique⁵⁹⁹ qui considère que les termes « à titre privé » : « i) concernaient aussi bien les activités commerciales que les activités non-commerciales ; ii) n'étaient pas synonyme de « secret » ou de « confidentiel » ; iii) étaient utilisés dans le sens contraire de « publiquement », pour qualifier un acte accompli par une personne à des fins qui lui sont propres »⁶⁰⁰.

B – L'utilisation à des fins expérimentales

227. La préservation de l'intérêt public. L'utilisation d'un brevet à des fins expérimentales ou aux fins de la recherche scientifique entre dans la catégorie des exceptions qui ne se justifient que par leur finalité. De nombreux Etats ont en effet mentionné leur volonté de promouvoir la recherche scientifique et le progrès technologique comme socle sur lequel construire l'exception. Bien que la finalité poursuivie ressemble fortement à celle de l'exception pour usage à titre privé, une distinction a été apportée lors des débats au sein des fora internationaux afin d'établir une limite nette entre les activités de recherche et les activités commerciales, et de permettre aux scientifiques d'exercer leur art sans craindre la contrefaçon. A ce titre, certains pays incluent l'enseignement dans le champ d'application de cette exception⁶⁰¹, reniant alors le caractère économique inhérent aux universités et écoles supérieures. De même, certains pays observeront une distinction entre la recherche fondamentale et la recherche appliquée en fonction du potentiel commercial de cette dernière⁶⁰².

⁵⁹⁸ OMPI, « exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : utilisation à titre privé ou à des fins non-commerciales », op. cit., p. 7.

⁵⁹⁹ Smith, Kline & French Laboratories Ltd c. Evans Medical Ltd [1989] FSR 513.

⁶⁰⁰ OMPI, « exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : utilisation à titre privé ou à des fins non-commerciales », op. cit., p. 7.

⁶⁰¹ OMPI, « exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : utilisation à des fins expérimentales ou aux fins de la recherche scientifique », SCP/20/4, 18 novembre 2013, p. 2.

⁶⁰² Idem, p. 2.

Surtout, cette distinction s'explique par le degré de nécessité des exceptions afin de conserver l'équilibre entre les intérêts du détenteur et de l'utilisateur du brevet. Ainsi si les deux exceptions correspondent parfaitement aux exigences de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC⁶⁰³, l'existence de l'utilisation à des fins expérimentales et également nécessaire au bon fonctionnement du système des brevets mis en place par l'Accord sur les ADPIC, puisque, comme le rappelle la délégation de la Chine à l'OMC : « *les innovations scientifiques et technologiques s'appuient toujours sur l'état de la technique [de sorte que] si l'utilisation des brevets pertinents pour la recherche scientifique et à des fins expérimentales n'était possible qu'avec le consentement préalable des titulaires des droits, cela pourrait entraver le processus de recherche-développement, ce qui ne serait pas propice au progrès scientifique et technologique et serait contraire à l'objectif du droit des brevets* »⁶⁰⁴.

228. Champs d'application de l'exception. Comme a noté le Comité Permanent des Brevets⁶⁰⁵, « *dans la plupart des pays où l'exception au titre de l'utilisation à des fins expérimentales ou aux fins de la recherche scientifique est prévue dans la législation, la disposition applicable énonce que le droit conféré par un brevet ne s'étend pas, par exemple aux activités menées à des fins expérimentales ou de recherche*⁶⁰⁶, *aux actes accomplis à des fins de recherche ou d'expérimentations scientifiques*⁶⁰⁷, *aux actes accomplis à des fins expérimentales*⁶⁰⁸, *aux actes accomplis aux fins de recherche scientifique*⁶⁰⁹, *aux actes réalisés à des fins expérimentales dans le cadre de recherches scientifiques et techniques*⁶¹⁰, *ou à l'usage des inventions à des fins d'évaluation, d'analyse, de recherche, d'enseignement,*

⁶⁰³ Réponse de la République de Corée : « *tant qu'un produit élaboré sur la base des résultats de l'exploitation de l'invention n'est pas mis sur le marché, le titulaire du brevet ne subit pas de perte directe* » <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶⁰⁴ Réponse de la Chine : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶⁰⁵ OMPI, « exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : utilisation à des fins expérimentales ou aux fins de la recherche scientifique », op. cit., p. 4.

⁶⁰⁶ Article 69 de la loi chinoise de 1984 : « *The following shall not be deemed to be patent right infringement : [...] Any person uses the relevant patent specially for the purpose of scientific research and experimentation* ».

⁶⁰⁷ Article 17.2 de la loi arménienne de 2008 ; Article 33b de la loi coréenne de 1961 ; Article 1359.2 du Code civil russe.

⁶⁰⁸ Article 119 de la loi australienne de 1990 ; Article L.613-5 du Code français de la propriété intellectuelle ; Article 68.1 du Code italien de la propriété industrielle.

⁶⁰⁹ Article 58 de la loi kényane de 2001 ; Article 9.4 de la loi santoméenne de 2001.

⁶¹⁰ Article 8.1c de l'Accord de Bangui.

*de test et de production à l'essai*⁶¹¹ ». Bien que les termes employés dans les différentes législations soient extrêmement similaires, la question se pose donc de savoir si leur interprétation recouvre la même réalité.

D'une part, une première distinction se remarque à la lecture des différents textes nationaux entre l'enseignement et la recherche. A ce titre, nous reprendrons les bases apportées sur ce point par Marc COUTURE, Marcel DUBE et Pierrick MALISSARD⁶¹², qui définissent l'enseignement comme une activité de transmission de savoir durant laquelle une invention peut être utilisée non pas dans un but expérimental mais simplement de diffusion d'informations scientifiques. A ce titre, il est encore aujourd'hui difficile d'appréhender la place de l'enseignement comme exception au droit de brevet. Certains pays indiquent en effet que les activités concernées ne sont considérées comme exception que si leur objectif est exclusivement expérimental⁶¹³. Or, comme nous le verrons ultérieurement, l'interprétation donnée du terme « expérimental » n'englobe pas forcément les activités d'enseignement. D'autres pays prévoient que les activités d'enseignement et d'éducation sont expressément exclues de la catégorie des actes contrefaisants : cette exclusion explicite se retrouve principalement dans les législations applicables dans la plupart des pays d'Amérique latine, comme l'article 18 de la loi du Honduras ou l'article 22 de la loi mexicaine, qui prévoit tous deux que « *le droit conféré par un brevet ne peut produire aucun effet à l'égard de tiers qui, à titre privé ou à des fins d'étude et indépendamment de tout but commercial, mènent des activités scientifiques ou technologiques à des fins purement expérimentales, de recherche ou d'enseignement* »⁶¹⁴.

D'autre part, les termes « expérimentation » et « recherche » souffrent d'une interprétation divergente en fonction des pays étudiés. En effet, sauf les exceptions notables des lois australienne⁶¹⁵ et néo-zélandaise⁶¹⁶, aucune définition n'est apportée directement par la loi. Plusieurs exemples jurisprudentiels peuvent alors être mentionnés :

⁶¹¹ Article 125.2 de la loi vietnamienne de 2005 : « *Owners of industrial property objects shall not have the right to prevent others from performing the following acts: a/ Using inventions for purpose of evaluation, analysis, research, teaching, testing, trial production* ».

⁶¹² M. COUTURE, M. DUBE et P. MALISSARD, « Propriété intellectuelle et Université : entre la libre circulation des idées et la privatisation des savoirs », Presse Universitaires du Québec, 2010, p. 2.

⁶¹³ Par exemple : article 102 du Code portugais de la propriété industrielle.

⁶¹⁴ OMPI, « exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : utilisation à des fins expérimentales ou aux fins de la recherche scientifique », op. cit., p. 5.

⁶¹⁵ Article 119c de la loi australienne du 30 octobre 1990.

⁶¹⁶ *Smith Kline & French Laboratories Ltd c. Attorney General* [1991] 4 TCLR 199.

- La jurisprudence des Pays-Bas⁶¹⁷ prévoit que l'exception s'applique si l'objectif de la recherche le justifie. Ces objectifs sont « *la recherche scientifique véritable sur l'invention et les intentions découlant de la loi néerlandaise sur les brevets, comme le fait de chercher à savoir si l'invention peut être mise en œuvre ou si elle peut être améliorée (réalisation de progrès techniques)* »⁶¹⁸, mais peuvent être étendus aux solutions retenues dans le questionnaire posé par l'OMPI⁶¹⁹, soit déterminer comment fonctionne l'invention brevetée, déterminer le champ d'application de l'invention brevetée, déterminer la validité des revendications, chercher à améliorer l'invention brevetée, et inventer en contournant le brevet. La plupart des pays qui ont répondu à ce questionnaire ont en effet indiqué que ces cinq propositions étaient pertinentes, bien qu'incomplètes puisque d'autres objectifs peuvent être mis en avant⁶²⁰. Si la définition de l'exception par la finalité de la recherche semble bénéficier des avantages de la logique, elle n'est cependant pas universelle puisque, à l'exemple de l'article L613.5 du Code français de la propriété intellectuelle, l'exception aux fins de recherche scientifique n'existe pas dans certaines législations, au profit d'une exception aux fins d'expérimentation. La finalité de la recherche est-elle alors transposable à l'expérimentation ? La réponse de la France ne nous paraît malheureusement pas convaincante car, si certains critères convergent, il semble que la finalité de l'expérimentation soit plus restrictive que la finalité de la recherche décrite par l'OMPI⁶²¹.
- Selon la jurisprudence espagnole⁶²², l'exception impose deux exigences : d'une part les actes expérimentaux accomplis doivent être de nature purement technique, et d'autre part ils doivent porter sur l'objet de l'invention et ne pas simplement utiliser cette dernière comme simple moyen de mise en œuvre. La question est alors d'exclure les actes ayant pour but de consolider les caractères techniques de l'invention *per*

⁶¹⁷ Cour suprême des Pays-Bas, 18 décembre 1992, BIE 1993/81 (ICI/Medicopharma).

⁶¹⁸ OMPI, « exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : utilisation à des fins expérimentales ou aux fins de la recherche scientifique », op. cit., p. 8.

⁶¹⁹ <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶²⁰ Ainsi en est-il des actes relatifs à l'enseignement que nous avons étudiés précédemment.

⁶²¹ La délégation française limite en effet les critères de définition aux objectifs suivants : « *dans l'esprit de l'article L. 613-5 du Code de la propriété intellectuelle, les actes accomplis à titre expérimental ont pour but de vérifier l'intérêt technique de l'invention, d'en mesurer la portée ou de la perfectionner, et non de rechercher l'impact commercial du produit ou du procédé* ». Comme nous le verrons plus tard, cette interprétation aura des conséquences sur la licéité des essais de bioéquivalence. <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶²² Cour suprême (Chambre civile, Division n° 1), 10 février 2012, arrêt PASSIM, n° 39/2012.

se⁶²³. En effet, comme le rappelle l'OMPI : « *les recherches ou l'expérimentation peuvent être réalisées sur une invention brevetée, s'agissant par exemple des travaux menés sur l'invention brevetée en vue d'en étudier de nouveaux effets ou d'y apporter des améliorations. Toutefois, elles peuvent être réalisées au moyen de l'invention brevetée, par exemple en utilisant une invention brevetée ou une autre invention afin d'en savoir beaucoup plus sur cette autre invention* »⁶²⁴. Ce critère de définition ne semble pas pour autant parfaitement efficace puisque nombre de législations restent silencieuses à ce sujet privilégiant l'application de l'adage « *ubi lex non distinguit* »⁶²⁵. Ainsi, la Pologne⁶²⁶ et la République de Corée⁶²⁷ ont admis les expressions employées dans leurs législations nationales comme permettant l'applicabilité de ces deux critères. Nous notons alors simplement l'existence de solutions divergentes de la part de l'Allemagne, de la France, de la Russie, du Tadjikistan du Kirghizistan et des Pays-Bas, selon lesquels, à l'instar de l'Espagne, « *l'exception s'applique à l'expérimentation ou à la recherche scientifique menée par rapport au produit ou au procédé breveté lui-même, et non à son utilisation comme moyen de procéder à des expériences ou des recherches, par exemple dans les instruments de mesure ou autre matériel facilitant la conduite d'une expérience ou d'une recherche* »⁶²⁸.

- Selon l'Allemagne⁶²⁹ et la France⁶³⁰, nous devons distinguer les expérimentations purement académiques, des expérimentations à des fins administratives. Autrement dit, doctrine et jurisprudence françaises conçoivent aujourd'hui les dispositions de l'article L.613-5 du Code de la propriété intellectuelle comme différenciant « *[d'une part] les essais cliniques dont la finalité est de vérifier les applications du produit breveté ou d'en découvrir de nouvelles [qui] sont considérés comme des actes accomplis à titre expérimental [et d'autre part] les essais cliniques qui sont effectués*

⁶²³ C. FERNANDEZ-NOVOA, O-L. OTERO LASTRES et M. BOTANA AGRA, « Manual de la propiedad industrial », Marcial Pons, 2009, p. 168.

⁶²⁴ OMPI, « exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : utilisation à des fins expérimentales ou aux fins de la recherche scientifique », op. cit., p. 10.

⁶²⁵ Notons par exemple le silence des lois, britannique, salvadorienne ou zimbabwéenne.

⁶²⁶ Réponse de la Pologne : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶²⁷ Réponse de la Corée : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶²⁸ OMPI, « exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : utilisation à des fins expérimentales ou aux fins de la recherche scientifique », op. cit., p. 11.

⁶²⁹ Réponse de l'Allemagne : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶³⁰ Réponse de la France : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

*uniquement en vue d'obtenir une autorisation de mise sur le marché*⁶³¹ [qui] *constituent des actes de contrefaçon* »⁶³². Cette position se justifie par le refus total de prendre en compte au sein de l'exception l'aspect économique pouvant se cacher derrière une demande d'autorisation de mise sur le marché ou un dépôt de brevet pour une invention équivalente, qui, comme critère de validité administrative, oblige l'exploitation commerciale du produit visé. Ainsi, alors que nous l'avons vu, la majorité des pays acceptaient que la finalité de l'expérimentation soit le contournement du brevet, les jurisprudences susmentionnées énoncent que les essais de bioéquivalence simplement destinés à prouver l'équivalence biologique de deux médicaments, ont une finalité purement administrative et non expérimentale puisqu'ils n'ont pas pour objet d'obtenir une information nouvelle sur l'objet du brevet. Cette solution nous paraît alors intéressante étant donné qu'elle correspond à l'esprit-même de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC, notamment en ce qui concerne le volet économique inhérent au droit des brevets, mais souffre cependant d'une limitation actuelle au seul exemple jurisprudentiel du médicament.

- Enfin, la jurisprudence américaine prévoit que *« indépendamment du fait qu'un organisme ou une entité donné poursuit ou non une activité dans un but commercial, dès lors que l'acte est accompli dans le cadre de l'activité professionnelle légitime du contrevenant présumé et non uniquement à des fins de divertissement, pour satisfaire une curiosité désintéressée ou dans un but purement philosophique, l'acte n'entre pas dans le champs extrêmement étroit et strictement limité de l'exception reconnue au titre de l'utilisation expérimentale »*. Cette solution, non pas basée sur la finalité de l'acte mais sur la qualité de celui qui l'entreprend, a le bénéfice de la facilité de mise en œuvre, mais cependant correspond à une logique extrêmement restrictive des exceptions au brevet que nous ne retrouvons qu'aux Etats-Unis. Il est dès lors peu envisageable que cette solution soit consacrée au niveau international.

⁶³¹ Cette distinction ne doit pas être confondue avec l'exception accordée dans le but d'obtenir une approbation réglementaire qui concerne l'utilisation d'une invention brevetée dans le but de déterminer de la mise sur le marché d'une invention nouvelle : cf. n°243 et s.

⁶³² www.veron.com/publication/Publications/Contrefaçon_de_brevet_d_invention_usage_experimental-gazette_du_palais.htm (consulté le 1er juillet 2016).

C – La préparation extemporanée des médicaments

229. L’objectif de santé publique. L’exception relative à la préparation extemporanée de médicaments concerne l’autorisation de l’utilisation du produit breveté pour des actes de fabrication et de préparation au sein d’une pharmacie à des fins de consommation immédiate. Associée exclusivement aux inventions pharmaceutiques, il paraît évident que la justification d’une telle exception se base sur des objectifs de santé publique. Ainsi, nombre d’Etats mettent l’accent sur les trois axes suivants⁶³³ :

- D’une part, la totalité des pays étudiés mentionnent l’importance de l’individualisation des traitements comme principe de l’intérêt public et du bien-être de l’humanité⁶³⁴. L’accent est alors mis sur la libéralisation de l’exercice des activités médicales. Le Portugal met l’accent sur le fait de « *ne pas limiter l’accès aux traitements et ne pas interférer dans la relation médecin-patient* »⁶³⁵. De même, pour l’Allemagne et l’Italie, l’exception « *vise à faciliter l’exercice des activités médicales étant donné que les brevets ne devraient pas restreindre la liberté du médecin de prescrire des médicaments aux fins de la promotion de la santé* »⁶³⁶.
- D’autre part, certains Etats mettent l’accent sur des aspects économiques et sociaux liés au système de remboursement des frais de santé. Tel est le cas de la Hongrie qui nous rappelle que l’individualisation des traitements permet de « *mettre à disposition des patients des médicaments de qualité à moindre coût [et donc de] réduire les dépenses de sécurité sociale* »⁶³⁷.
- Enfin, la Suède et la Finlande justifient la présence de cette exception au sein de leur législation par leur simple volonté d’être en conformité avec l’Accord en matière de brevets communautaires du 15 décembre 1989⁶³⁸. En effet, étant donné que la

⁶³³ OMPI, « exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : préparation extemporanée de médicaments », SCP/20/5, 9 octobre 2013, p. 2.

⁶³⁴ Par exemple : Chypre, France, et Pologne.

⁶³⁵ Réponse du Portugal : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶³⁶ Réponse de l’Italie et de l’Allemagne : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶³⁷ Réponse de la Hongrie : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶³⁸ Accord en matière de brevets communautaires n°89/695/CEE du 15 décembre 1989.

préparation de médicaments dans une pharmacie n'est pas chose courante dans ces pays, l'exception n'est en pratique pas utilisée⁶³⁹.

230. Les activités concernées. A la lecture des lois des 39 pays disposant d'une exception pour la préparation extemporanée de médicaments, plusieurs éléments permettent d'établir deux critères de définition communs et complémentaires, propices à une étude globale de l'exception : la temporalité de la préparation et l'existence d'une ordonnance médicale⁶⁴⁰. Les termes employés pour les définir se différencient pourtant d'un pays à l'autre.

Un premier groupe de pays, principalement composé des membres de l'Union Européenne, a préféré la notion d'extemporanéité⁶⁴¹, selon laquelle toute préparation doit être réalisée juste avant son utilisation, induisant par conséquent le caractère imprévisible de la préparation, en lien avec la demande en médicament. Nous constatons que ces lois, au lieu de réglementer la fréquence des préparations, prévoient une limitation expresse de la quantité de médicaments pouvant être préparés. L'exemple est ici celui de la loi française puisque l'article L613-5 du Code de la propriété intellectuelle dispose que : « *Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas : c) à la préparation de médicaments faite extemporanément et par unité dans les officines de pharmacie, sur ordonnance médicale...* »⁶⁴².

Cependant, la majorité des pays étudiés a préféré une approche fréquentielle de l'exception par l'utilisation du terme « individuel », ou d'un synonyme plus ou moins proche, pour démontrer l'unité de chaque préparation. Ainsi en est-il par exemple des lois arménienne⁶⁴³ et lettonne⁶⁴⁴ selon lesquelles l'utilisation d'une invention brevetée ne constitue pas une

⁶³⁹ OMPI, « exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : préparation extemporanée de médicaments », op. cit., p. 6

⁶⁴⁰ Terme « ordonnance médicale » pose un problème de traduction puisque son sens varie d'un pays à l'autre. La question s'est notamment posée quant à l'habilitation des médecins, et plus particulièrement des dentistes, à prescrire une ordonnance. Cependant, nous conserverons ce terme étant donné le consensus établi au sein des organisations internationales selon lequel les termes « médecin » et « ordonnance médicale » ont communément utilisés, puis interprétés au cas par cas selon les règles applicables dans chaque pays.

⁶⁴¹ Article L.613-5 du Code français de la propriété intellectuelle, Article 48(c)(&) du Code italien de la propriété industrielle et Article 52(1) de la loi espagnole de 1986

⁶⁴² Nous pouvons également noter l'exemple de l'Espagne, dont la législation prévoit : « *Les droits conférés à un brevet n'inclut pas la préparation extemporanée de médicaments en pharmacie, effectuée de manière individuelle sur la base d'une prescription en relation avec le médicament préparé* ».

⁶⁴³ Article 17.3 de la loi arménienne de 2008 : « *L'utilisation d'une invention brevetée ou d'un modèle d'utilité ne constitue pas une violation des droits si elle consiste [...] en une préparation unique de médicaments en pharmacie sur la base d'une prescription d'un physicien* ».

⁶⁴⁴ Réponse de la Lettonie : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

contrefaçon si cette invention est utilisée pour une préparation unique et individuelle de médicaments dans une pharmacie sur la base d'une ordonnance médicale. Dans le même esprit, l'article 1359.5 du Code civil russe dispose que : « *une préparation ponctuelle dans une pharmacie dans le cadre d'une prescription réalisée par un médecin... ne constitue pas une atteinte aux droits du titulaire du brevet* ». L'article 23 de la loi azerbaïdjanaise préférera le terme « occasionnelle » au terme « ponctuelle ».

Nous constatons alors qu'aucune limitation quantitative des médicaments pouvant être préparés n'a été prévue, laissant alors à chaque Etat le pouvoir de limiter la quantité à celle prévue au sein de la prescription médicale. La question s'est alors posée concernant le cumul des prescriptions. Alors que le critère de l'extemporanéité associé à une limitation quantitative permettait d'exclure le groupement d'ordonnances puisque la préparation de médicaments prescrits ne pouvait se faire que par unité, il n'en est pas de même lorsque le critère retenu est celui de la fréquence. A ce titre, la Russie a pu souligner que, selon sa législation⁶⁴⁵, « *la préparation ponctuelle de médicaments peut être envisagée uniquement pour la quantité indiquée dans l'ordonnance. Cependant, le médecin n'est pas limité par le nombre d'ordonnances qu'il peut établir pour le même médicament à de nombreux patients* »⁶⁴⁶. L'utilisation du terme individuel porte lui-même à controverse : dans les cas où ce terme qualifie la préparation, il ne permet pas d'exclure les regroupements d'ordonnances dans le but d'une production en quantité industrielle. Tel est le cas par exemple de l'Allemagne, qui souligne « *qu'en vertu de sa législation nationale, la préparation de grandes quantités de médicaments pour plusieurs patients n'est pas visée par la disposition* »⁶⁴⁷. A contrario, quand ce terme qualifie l'ordonnance, le regroupement est dès lors impossible. Tel est le cas de la Bosnie-Herzégovine, dont la loi dispose que : « *le droit exclusif d'exploitation du propriétaire du brevet de l'invention ne s'applique pas à la préparation directe ou individuelle d'un médicament dans une pharmacie sur la base d'une prescription médicale individuelle et des procédures relatives au médicament ainsi préparé* »⁶⁴⁸.

Enfin, un dernier groupe de pays définit le critère temporel par une approche négative en excluant toute production industrielle : la loi turque permet la préparation de médicaments

⁶⁴⁵ Article 1359(5) du Code civil russe.

⁶⁴⁶ OMPI, « exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : préparation extemporanée de médicaments », op. cit., p. 6.

⁶⁴⁷ Idem.

⁶⁴⁸ Article 73(c) de la loi bosniaque de 2010 (traduction).

dans les pharmacies sans aucune réserve tant qu'il n'y a pas de production de masse⁶⁴⁹. La loi italienne interdit l'utilisation de principes actifs produits en mode industriel⁶⁵⁰. De même, en Russie, « *la préparation d'un médicament aux fins de stockage et de vente ultérieurs ne peut pas être considérée comme un usage unique et constitue donc une atteinte aux droits exclusifs du titulaire du brevet* »⁶⁵¹. Bien que cette approche semble bien moins sévère que celles étudiées précédemment, les pays concernés la justifient par sa connexité avec l'existence d'une prescription médicale définissant précisément la substance à produire et la quantité de production⁶⁵². Cependant, comme nous l'avons étudié précédemment, ce type de disposition montre sa faiblesse face à la question du regroupement des ordonnances. Le questionnaire introduit par l'OMPI auprès de ces pays-membres concernant l'adéquation du cadre juridique de l'exception au regard des objectifs recherchés démontre qu'aucun changement de législation n'est envisagé pour pallier ces questions.

231. L'habilitation. En ce qui concerne la catégorie d'individus ayant qualité à revendiquer l'application de l'exception, la question n'a pas été directement traitée dans les lois de nombreux pays dont certains préfèrent indiquer l'endroit où l'action autorisée peut avoir lieu. Aussi la quasi-totalité des lois étudiées visent la pharmacie. Cependant, de nombreux offices de brevet ont pu informer l'OMPI de l'interprétation à donner à ces dispositions. Ainsi, la plupart d'entre eux indiquent « *que l'exception vise les activités du pharmacien qui prépare les médicaments* »⁶⁵³. Encore une fois, les termes employés varient d'un pays à l'autre en fonction des circonstances locales :

⁶⁴⁹ Article 75 du décret-loi turc de 1995 : « *Les préparations extemporanées de médicaments dans les pharmacies n'ayant pas de production de masse et étant réalisées uniquement sur la base d'une ordonnance* ».

⁶⁵⁰ Article 68(c) du Code italien de la propriété industrielle : « *Les effets d'un brevet ne comprennent pas la préparation extemporanée, par unité, de médicaments prescrits par un chimiste ou un médecin, à condition que le principe actif utilisé ne soit pas fabriqué en quantité industrielle* ».

⁶⁵¹ OMPI, « exceptions et limitations relatives aux droits de brevet : préparation extemporanée de médicaments », op. cit, p. 5.

⁶⁵² Idem : « *alors que, selon la loi applicable de la Serbie, les droits du titulaire du brevet ne s'appliquent pas à la mise de ce médicament sur le marché, l'explication donnée précise que l'exception ne s'applique pas à la préparation de médicaments aux fins de stockage, et s'applique uniquement à la préparation de médicaments aux fins de l'exécution d'un traitement ordonné par un médecin pour une personne donnée, conformément à une ordonnance médicale* ».

⁶⁵³ Idem.

- La Norvège⁶⁵⁴ et la Suède⁶⁵⁵ mentionne le personnel de pharmacie d'une façon générale ;
- L'Allemagne⁶⁵⁶, Chypre⁶⁵⁷, la France⁶⁵⁸, et la Lettonie⁶⁵⁹ font référence à la fois aux pharmaciens et aux médecins ;
- Aux Philippines⁶⁶⁰, le recours à l'exception est autorisé à tout professionnel de la médecine ;
- Le Portugal⁶⁶¹ vise toute personne habilitée à préparer ce genre de médicaments ; etc.

La question de l'habilitation, notamment concernant la distinction entre le médecin et le pharmacien, s'explique alors en fonction des dispositions applicables aux professions réglementées dans chaque Etat. Semblent alors être visées toutes les personnes que la loi autorise à préparer des médicaments.

D – Les mesures prises pour l'obtention d'une approbation réglementaire

232. Définition. L'exception accordée en vue d'obtenir l'approbation réglementaire des autorités a pour objet de permettre au concurrent d'un propriétaire d'invention brevetée de ne pas souffrir des délais administratifs liés à la délivrance de l'autorisation en permettant une utilisation de l'invention avant le terme du brevet. Cette exception s'est principalement justifiée au sein de l'OMPI par son intervention dans le domaine des médicaments génériques : *« il était estimé que les objectifs de politique publique associés à une telle exception étaient destinés à empêcher le titulaire d'un brevet d'obtenir une prolongation de facto de la durée de celui-ci, facilitant ainsi la commercialisation de médicaments génériques »*

⁶⁵⁴ Article 3 de la loi norvégienne de 1970 : « *Les droits exclusifs ne comprennent pas : [...] les préparations en pharmacie de médicaments prescrits* ».

⁶⁵⁵ Article 3§2 de la loi suédoise de 1967 : « *préparation de médicaments en pharmacie* ».

⁶⁵⁶ Réponse de l'Allemagne : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶⁵⁷ Section 27(3)(iv) de la loi chypriote de 1998 : « *Quand l'utilisation consiste dans la préparation extemporanée pour des cas individuels, en pharmacie ou par un médecin, d'un médicament* ».

⁶⁵⁸ Article L.613-5 du Code français de la propriété intellectuelle : « *à la préparation de médicament (...) dans les officines de pharmacie* ».

⁶⁵⁹ Réponse de la Lettonie : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶⁶⁰ Réponse des Philippines : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶⁶¹ Article 102 du Code portugais de la propriété industrielle : « *Les droits conférés par un brevet ne s'incluent pas: (...) b) La préparation de médicaments effectuée en une fois et pour des cas individuels sur la base d'une prescription médicale dans des laboratoires pharmaceutiques, ni les actes relatifs aux médicaments préparés de cette manière* ».

tout de suite après l'expiration de la protection par le brevet »⁶⁶². La politique de développement des médicaments génériques se retrouvent dès lors dans de nombreuses déclarations des états-membres de l'OMPI. Ainsi, la Nouvelle-Zélande rappelle l'importance d'assurer « *aux fabricants néo-zélandais de produits génériques la possibilité d'entrer sur les marchés d'exportation rapidement [à l'expiration du brevet]* »⁶⁶³. L'intérêt économique du développement se fait également ressentir : la Chine et la Hongrie rappelle que « *cela peut permettre d'offrir aux patients des médicaments de qualité à un prix raisonnable, et faire baisser les coûts liés au financement des médicaments couverts par le système national de santé* »⁶⁶⁴.

233. Les produits visés. La première question que s'est alors posée lors des débats au sein des fora internationaux a été de savoir s'il fallait limiter cette exception à certains types d'inventions brevetées. Force est de constater, au regard des différentes législations étudiées, qu'il n'existe pas de réelle réponse commune :

- L'Afrique du Sud⁶⁶⁵, l'Albanie⁶⁶⁶, le Brésil⁶⁶⁷, le Canada⁶⁶⁸, la Hongrie⁶⁶⁹, l'Inde⁶⁷⁰, Israël⁶⁷¹, l'Italie⁶⁷², la Jordanie⁶⁷³, la Malaisie⁶⁷⁴, la Nouvelle-Zélande⁶⁷⁵, le Pakistan⁶⁷⁶, le Portugal⁶⁷⁷, la République Dominicaine⁶⁷⁸ et le Viêt-Nam⁶⁷⁹ ont indiqué que l'exception s'applique à n'importe quel produit nécessitant une autorisation réglementaire.

⁶⁶² OMPI : « exceptions et limitations relatives au droit des brevets : mesures prises en vue d'obtenir l'approbation réglementaire des autorités », SCP/21/3, 19 août 2014, p. 2.

⁶⁶³ Idem, p. 3.

⁶⁶⁴ Réponse de la Chine et de la Hongrie : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶⁶⁵ Article 69(A) de la loi sud-africaine de 1978.

⁶⁶⁶ Article 38 de la loi albanaise de 2008.

⁶⁶⁷ Article 43 de la loi brésilienne de 1996.

⁶⁶⁸ Section 55.2 de la loi canadienne de 1985.

⁶⁶⁹ Article 19(6) de la loi hongroise de 1995.

⁶⁷⁰ Section 107A de la loi indienne de 1970.

⁶⁷¹ Article 54A de la loi israélienne de 1967.

⁶⁷² Article 68(b) du Code italien de la propriété industrielle.

⁶⁷³ Article 21(c) de la loi jordanienne de 1999.

⁶⁷⁴ Article 37 de la loi malaisienne de 1983.

⁶⁷⁵ Section 79 de la loi néo-zélandaise de 1953.

⁶⁷⁶ Article 30(5) de la loi pakistanaise de 2000.

⁶⁷⁷ Article 102(c) du Code portugais de la propriété industrielle.

⁶⁷⁸ Article 30(g) de la loi dominicaine de 2000.

⁶⁷⁹ Article 125.2 de la loi vietnamienne de 2005.

- La majorité des Etats préfèrent cependant limiter cette exception à certains produits définis globalement comme produits pharmaceutiques⁶⁸⁰.

Il ressort de ces dispositions différents points de divergence. D'une part, la question se pose en effet de savoir s'il faut limiter l'exception aux seuls produits pharmaceutiques. La référence seule à l'approbation réglementaire ne suffit pas à définir cette limite. S'il est vrai que de facto cette exception s'applique principalement aux produits pharmaceutiques, ces derniers ne sont pas les seuls produits à être soumis à autorisation, puisque tout produit biocide n'a pas vocation à être utilisé comme médicament. D'autres usages, agricoles et agrochimiques, se retrouvent en effet au Japon, en El Salvador, et au Pérou⁶⁸¹. De même, la loi australienne de 2012 portant modification de la loi de 1990 a introduit une nouvelle disposition prévoyant une extension de l'exception aux produits non-pharmaceutiques⁶⁸². Cependant, au sein de l'Union Européenne, alors même que le règlement européen n°58/2012, inscrit dans la continuité de la directive n°98/8, prévoit une liste positive européenne des substances actives approuvées, comprenant tout produit biocide quel qu'en soit l'usage, nous constatons que les Etats-membres tendent à limiter l'exception au seul produit pharmaceutique. Tel est le cas de l'article L.613-5 d) du Code français de la propriété intellectuelle : « *Les droits conférés par le brevet ne s'étendent pas aux études et essais requis en vue de l'obtention d'une autorisation de mise sur le marché pour un médicament* ».

⁶⁸⁰ La dénomination de ces produits varie effectivement en fonction des pays :

Autriche, Chili, Costa Rica et Thaïlande : « les produits pharmaceutiques » ;

Bosnie-Herzégovine et Croatie : « les médicaments ou les produits médicaux pour usage humain ou vétérinaire » ;

Chine : « les médicaments brevetés ou les appareils et instruments médicaux brevetés » ;

Allemagne, France, Norvège et Suisse : « les médicaments » ;

Finlande, Grèce, Lituanie et Pologne : « les produits médicaux » ;

Danemark, Kenya, Slovaquie et Turquie : « certains produits médicaux » ;

El Salvador et Pérou : « les produits chimiques pharmaceutiques et agricoles » ;

Japon : « certains médicaments et produits agrochimiques » ;

Mexique : « les médicaments allopathiques » ;

Suède : « les médicaments de référence » ; etc.

⁶⁸¹ Réponse d'El Salvador, du Japon et du Pérou : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶⁸² Si la section 119A ne traite l'exception au regard des produits pharmaceutiques, la nouvelle section 119B de la loi australienne sur les brevets dispose alors que : « *[sont des] exemptions en matière de contrefaçon : les mesures prises en vue d'obtenir l'approbation réglementaire des autorités pour des produits non-pharmaceutiques* ».

De la même manière, nous constatons que certaines législations distinguent les produits médicaux des produits à usage vétérinaire⁶⁸³.

D'autre part, se pose la question de savoir si les procédés de fabrication sont également inclus dans l'exception, au même titre que les produits. A cet égard, beaucoup de législations ne prennent en compte que les produits et gardent le silence sur les procédés de fabrication, tendant alors à leur exclusion. Certains pays prévoient à ce titre une exclusion expresse. Tel est le cas de la section 119A de la loi australienne de 1990. De même, à la lecture de la loi norvégienne, « *cette exception ne limite que les droits exclusifs attachés au médicament breveté lui-même, et ne s'applique pas aux méthodes brevetées, aux équipements ou à d'autres instruments nécessaires dans le processus* »⁶⁸⁴.

234. Les actes admissibles. La seconde question posée a alors été de connaître les actes couverts par l'exception. Pour cela, deux critères ont été retenus : la nature et la finalité de l'utilisation :

- Concernant la nature de l'acte, il ne semble pas avoir de divergence entre les différentes législations nationales tant le vocabulaire utilisé, bien que fourni, englobe une seule et même réalité. Ainsi, l'exception s'applique à tout acte défini comme des études, essais, tests, examens, expériences, ainsi que des exigences pratiques qui en résultent, besoins pratiques connexes et « procédures connexes⁶⁸⁵. Selon l'Allemagne, ces actes font référence à « *un usage dans le cadre du champ de protection du brevet dont le but est de satisfaire aux conditions préalables d'une étude confidentielle ou d'une expérience confidentielle (par exemple, la production ou l'importation d'une substance active encore protégée qui sera utilisée dans l'expérience)* »⁶⁸⁶. Nous noterons cependant la différence de politique existant entre certains pays concernant les essais de bioéquivalence. En effet, alors que les Pays-Bas ont déclaré que les actes admissibles désignent également « *des études, essais, et expériences nécessaires pour prouver l'équivalence entre un produit médical*

⁶⁸³ Tel est le cas pour le Royaume-Uni, la Bosnie-Herzégovine et la Croatie qui prévoient expressément l'inclusion des produits vétérinaires dans le champ d'application de l'exception.

⁶⁸⁴ OMPI : « exceptions et limitations relatives au droit des brevets : mesures prises en vue d'obtenir l'approbation réglementaire des autorités », op. cit., p. 6.

⁶⁸⁵ Idem.

⁶⁸⁶ Réponse de l'Allemagne : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

générique et un produit médical de référence, celui-ci étant protégé par un droit de brevet ou un certificat de protection complémentaire »⁶⁸⁷, nous connaissons déjà la position de rejet qu'ont adoptée la France et l'Allemagne à ce sujet⁶⁸⁸.

- Concernant la finalité de l'acte, les principales lois étudiées disposent qu'une utilisation est nécessaire pour obtenir « *l'autorisation* » de commercialisation, la « *permission* », « *l'enregistrement* », ou « *l'autorisation de mise sur le marché* ». Cependant, si la majorité des législations nationales prévoient comme finalité d'obtenir l'approbation réglementaire dans leur propre pays, certains Etats acceptent que les activités menées pour obtenir l'approbation dans un autres pays soient également couvertes par l'exception. Cette extension du champ d'application de l'exception s'entend, non pas des actes habituels que nous avons étudiés et qui sont soumis au principe de territorialité du droit des brevets, mais des possibles exportations de produits brevetés dans le but d'accomplir ces actes. A la lecture des lois des pays intéressés, nous retrouvons deux conditions qui ne sont pas systématiquement cumulatives. La première concerne le pays destinataire des actes autorisés. Ainsi, en Norvège, les actes nécessaires à l'obtention d'une approbation réglementaire dans un « *Etat qui est une partie contractante à l'Accord du 15 avril 1994 sur la constitution de l'Organisation Mondiale du Commerce* »⁶⁸⁹ sont permis. Dans le même ordre d'idée, la loi allemande se restreint aux pays-membres de l'Union Européenne⁶⁹⁰. La seconde porte alors sur la nature de l'autorisation réglementaire délivrée dans le pays-tiers. L'exemple le plus marquant est celui de la section 119B de la loi australienne de 1990 sur les brevets, où « *la disposition relative à l'approbation réglementaire des produits non pharmaceutiques indique qu'il n'y a pas contrefaçon si l'acte est exécuté uniquement à des fins associés à l'obtention d'une approbation similaire en vertu de la loi d'un autre pays ou d'une autre région, alors qu'une disposition concernant le brevet pharmaceutique permet l'exploitation de ce brevet uniquement à des fins associées à l'obtention d'une approbation réglementaire analogue en vertu de la loi d'un pays étranger* »⁶⁹¹. Cette condition s'explique bien entendu par l'importance des contrôles étatiques effectués dans le processus

⁶⁸⁷ Réponse des Pays Bas : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶⁸⁸ Cf. n°239.

⁶⁸⁹ Article 3 de la loi norvégienne de 1970.

⁶⁹⁰ Réponse de l'Allemagne : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁶⁹¹ OMPI : « exceptions et limitations relatives au droit des brevets : mesures prises en vue d'obtenir l'approbation réglementaire des autorités », op. cit., p. 7.

d'obtention de l'approbation réglementaire – notamment dans le milieu pharmaceutique où la protection de la santé publique nécessite une surveillance particulièrement étroite des produits mis sur le marché – sans lesquels la suspicion de vouloir contrefaire le produit exporté est réel.

E – L'utilisation par les agriculteurs

235. Définition. L'exception de l'utilisation par les agriculteurs et les obtenteurs d'inventions brevetées a pour but « *d'une part de permettre aux agriculteurs d'utiliser les semences issues d'une récolte obtenue à partir de produits brevetés afin d'en produire de nouvelles. D'autre part, les agriculteurs sont autorisés à utiliser le bétail ou le matériel de reproduction animal en vue de la reproduction et du renouvellement du cheptel, à l'exclusion de la vente dans le cadre d'une activité commerciale de reproduction* »⁶⁹². Il est étonnant qu'aucun pays ne justifie réellement cette exception d'un objectif de politique publique tel que l'oblige l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC. En effet, si cette exception naît du compromis fait aux agriculteurs et aux obtenteurs face au développement des législations favorables à la brevetabilité du vivant, elle ne peut se prévaloir ni des questions éthiques posées lors des débats sur la révision de l'article 27.3 de l'Accord sur les ADPIC, ni des considérations économiques liées à la perte de vitesse du domaine de l'agriculture⁶⁹³. Tout au plus, certains membres ont « *relevé la similitude qui existe entre l'exception en faveur des agriculteurs concernant l'utilisation à titre privé ou à des fins non-commerciales et l'application de la règle de l'épuisement de droit* »⁶⁹⁴. Nous résumerons donc l'intérêt de cette exception à la volonté des gouvernements d'empêcher les abus de monopole accordé par les législations relative à la reproduction des animaux et des végétaux.

236. L'usage agricole de matériel végétal et animal. La portée de l'exception de l'utilisation par les agriculteurs et les obtenteurs des inventions brevetées varient selon les législations en fonction de plusieurs paramètres. D'une part, elle est proportionnelle à la

⁶⁹² J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « droit de la propriété industrielle », Litec, 2007, p. 76.

⁶⁹³ Rappelons en effet que la brevetabilité des ressources génétiques n'emporte pas propriété et donc exclusivité d'exploitation des ressources naturelles de base.

⁶⁹⁴ OMPI : « exceptions et limitations relatives au droit des brevets : utilisation par les agriculteurs et les obtenteurs d'inventions brevetées », SCP/21/6, 19 août 2014, p. 4.

portée des droits de brevet sur le matériel génétique, puisque, tous les pays membres de l'OMC n'ont pas encore harmonisé leur législation concernant la brevetabilité des ressources végétales et animales au regard de l'article 27.3 de l'Accord sur les ADPIC. A ce titre, l'OMPI note que « *plusieurs Etats membres qui prévoient une exception en faveur des agriculteurs ont indiqué que, en règle générale, la protection conférée par un brevet sur du matériel biologique doté, du fait de l'invention, de propriétés déterminées, s'étendait à tout matériel biologique obtenu à partir de ce matériel biologique par reproduction ou multiplication sous une forme identique ou différenciée et possédant les mêmes propriétés* »⁶⁹⁵. Nous pouvons en effet déduire de ces propos la portée de l'exception :

- En présence d'un produit breveté, le matériel biologique est protégé sous une forme identique ou différenciée, possédant les particularités recherchées par l'inventeur. A ce titre, notons que la loi autrichienne⁶⁹⁶ prévoit que « *le matériel biologique n'est protégé que s'il est directement dérivé du matériel biologique breveté* »⁶⁹⁷.
- En présence d'un procédé breveté, « *la protection conférée par un brevet sur un procédé de production de matériel biologique s'étend au matériel biologique obtenu directement au moyen de ce procédé* »⁶⁹⁸.

D'autre part, la portée de l'exception s'analyse au regard de l'usage agricole de l'invention brevetée. Par amalgame des règles applicables à l'épuisement de droits et à l'usage non-commercial des inventions brevetées, de nombreux pays considèrent que la vente de matériel végétal ou animal par le titulaire d'un brevet implique son autorisation afin de permettre à l'agriculteur d'utiliser le produit de sa récolte sur sa propre exploitation⁶⁹⁹. De même, s'agissant du matériel de reproduction animale, la vente d'animaux reproducteurs implique l'autorisation⁷⁰⁰ pour l'agriculteur d'utiliser les animaux qui résultent de la reproduction à des fins purement agricoles⁷⁰¹.

⁶⁹⁵ Idem, p. 5.

⁶⁹⁶ Article 22B.1 de la loi autrichienne de 1990.

⁶⁹⁷ OMPI : « exceptions et limitations relatives au droit des brevets : utilisation par les agriculteurs et les obtenteurs d'inventions brevetées », op. cit., p. 5.

⁶⁹⁸ Idem, p. 5.

⁶⁹⁹ Par exemple : article 75.3 de la loi bosniaque de 2010 ; article 22B.1 de la loi autrichienne de 1970 ; article 23.3 de la loi moldave de 2008 ; article 3(b) de la loi danoise de 2009 ; et article 3(b) de la loi norvégienne de 1970.

⁷⁰⁰ Il s'agit dès lors d'une autorisation implicite découlant de la commercialisation. La Bulgarie précise ainsi que « *la vente ou toute autre forme de transaction commerciale comprend une autorisation pour le reproducteur agricole d'utiliser le produit de sa récolte aux fins de multiplication ou de reproduction sur sa propre*

237. Définition de l'usage agricole. A la lecture des différentes législations citées ci-dessus, nous pouvons conclure que l'usage agricole ne couvre pas l'usage commercial de l'invention brevetée. Toutes disposent en effet que l'usage agricole s'effectue par l'agriculteur sur sa propre exploitation agricole. Ainsi, une récolte végétale peut être vendue uniquement à un usage de consommation mais non à un usage de reproduction, qui ne peut dès lors s'effectuer que sur l'exploitation de l'agriculteur bénéficiaire de l'exception.

La commercialisation de la matière n'est cependant pas totalement exclue. A la lecture de la législation de certains Etats⁷⁰², nous constatons que la matière végétale ou animale obtenue par multiplication ou reproduction ne bénéficie pas de la protection par le brevet délivré pour la matière source lorsque la multiplication ou reproduction résulte nécessairement de l'utilisation pour laquelle la matière a été mise sur le marché. Ainsi, « *le matériel biologique peut être mis sur le marché, par exemple, pour un usage agricole par des agriculteurs, pour un usage dans le cadre d'un jardin privé, ou l'obtention d'un produit biologique. L'exception s'applique au cas où le matériel obtenu n'est pas ultérieurement utilisé à des fins de reproduction ou de multiplication* »⁷⁰³. Pour la Pologne, cela doit constituer « *un acte unique de reproduction ou de multiplication* ». Une disposition expresse similaire se retrouve également en Autriche⁷⁰⁴, au Portugal⁷⁰⁵ et en Moldavie⁷⁰⁶.

Il en est de même des animaux reproducteurs : l'usage par l'agriculteur du matériel de reproduction animal ne peut s'effectuer à des fins d'activités de reproduction commerciale : Ainsi l'Espagne indique qu'un agriculteur peut effectuer « *son activité d'exploitation agricole ou d'élevage, en dehors de la vente dans le cadre d'une activité de reproduction commerciale ou à cette fin* »⁷⁰⁷.

exploitation ». Réponse de la Bulgarie : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁷⁰¹ Article 38 de la loi albanaise de 2008.

⁷⁰² Par exemple, l'article 93.1 de la loi polonaise de 2000.

⁷⁰³ OMPI : « exceptions et limitations relatives au droit des brevets : utilisation par les agriculteurs et les obtenteurs d'inventions brevetées », op. cit., p. 7.

⁷⁰⁴ Article 22B.1 de la loi autrichienne de 1970.

⁷⁰⁵ Article 103 du Code portugais de la propriété industrielle.

⁷⁰⁶ Article 23.3 de la loi moldave de 2008.

⁷⁰⁷ Réponse de l'Espagne : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

238. Mesures compensatoires. Enfin, certains Etats prévoient des compensations à cette exception par le biais de restrictions spécifiques de l'usage de l'invention brevetée ou d'une utilisation conditionnée au paiement d'une redevance. A titre d'exemple, nous pouvons en effet noter l'article 14 du Règlement communautaire n°2100/94 du 27 juillet 1994 et son règlement d'application n°0874/2009 selon lequel : « *les petits agriculteurs ne sont pas tenus de payer une rémunération au titulaire (...) les autres agriculteurs sont tenus de payer au titulaire une rémunération équitable, qui doit être sensiblement inférieure au montant perçu pour la production sous licence de matériel de multiplication de la même variété dans la même région; le niveau effectif de cette rémunération équitable peut être sujet à des variations dans le temps, compte tenu de la mesure dans laquelle il sera fait usage de la dérogation prévue au paragraphe 1 pour la variété concernée* ».

Cette solution est cependant source de controverse puisque certains Etats refusent l'idée même d'une compensation redevable par les agriculteurs. A ce titre, la Norvège considère en effet que, si le Roi peut déterminer les conditions d'utilisation d'une invention brevetée par un agriculteur, ce dernier « *ne devrait pas à avoir à verser une rémunération* »⁷⁰⁸ en retour.

F – L'utilisation au sein d'un aéronef

239. Article 5ter de la Convention de l'Union de Paris. L'exception relative à l'utilisation d'articles à bord de navires, aéronefs et véhicules terrestres étrangers a pour objet d'assurer que le fonctionnement du transport international ne soit pas entravé par le droit des brevets⁷⁰⁹, et ainsi garantir la libre circulation du transport international⁷¹⁰, en permettant aux moyens de transport de quelque nature qu'ils soient de traverser temporairement ou accidentellement une frontière bien que son fonctionnement dépende d'un procédé ou d'un produit protégé dans le pays de passage. Cette exception ne fait aujourd'hui l'objet d'aucune discussion particulière puisqu'elle résulte directement de la transposition⁷¹¹ de l'article 5ter de la Convention de l'Union de Paris de 1883 selon lequel : « *dans chacun des pays de l'Union ne seront pas*

⁷⁰⁸ Réponse de la Norvège : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁷⁰⁹ OMPI : « exceptions et limitations relatives au droit des brevets : utilisation par les agriculteurs et les obtenteurs d'inventions brevetées », op. cit., p. 2.

⁷¹⁰ Réponse de la Chine : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁷¹¹ A l'heure actuelle, le Brésil, le Chili et Costa Rica présentent dans leur législation internationale aucune disposition concernant l'exception relative à l'utilisation de produits brevetés au sein d'un véhicule de transport, mais reconnaissent l'applicabilité directe de l'article 5ter de la Convention de l'Union de Paris sur leurs territoires.

considérés comme portant atteinte aux droits du breveté : i) l'emploi, à bord des navires des autres pays de l'union, des moyens faisant l'objet de son brevet dans le corps du navire, dans les machines, agrès, appareils et autres accessoires, lorsque ces navires pénétreront temporairement ou accidentellement dans les eaux du pays, sous réserve que ces moyens y soient employés exclusivement pour les besoins du navire ; ii) l'emploi des moyens faisant l'objet du brevet dans la construction ou le fonctionnement des engins de locomotion arienne ou terrestre des autres pays de l'Union ou des accessoires de ces engins, lorsque ceux-ci pénétreront temporairement ou accidentellement dans ces pays ».

Il est alors intéressant de noter l'impact de la Convention de l'Union de Paris sur un grand nombre de législations, qui, uniquement pour l'exception relative à l'utilisation à bord de véhicule de transport, prévoient directement ou indirectement le respect d'une obligation de réciprocité dans sa mise en œuvre. Ainsi la loi kirghize prévoit-elle que de « *tels actes ne sont pas considérés comme une atteinte au droit exclusif du titulaire du brevet si les moyens de transport appartiennent à des personnes physiques ou morales de pays garantissant les mêmes droits aux détenteurs de moyens de transport de la République kirghize* ». De manière indirecte, la Chine préfère appliquer l'exception « *conformément à l'accord conclu entre le pays auquel [le véhicule] appartient et la Chine, ou conformément à tout traité international auquel les deux pays ont adhéré ou selon le principe de l'avantage mutuel* ». La même référence aux traités internationaux se retrouvent dans d'autres pays pour lesquels l'exception s'applique soit exclusivement aux pays-membres de l'Union de Paris, soit aux membres de l'OMC, auquel cas l'obligation de réciprocité s'efface au bénéfice de la clause de la nation la plus favorisée⁷¹².

G – La licence obligatoire

240. L'article 31 de l'Accord sur les ADPIC. Les licences obligatoires présentent la particularité de ne pas entrer dans le cadre de l'article 30 de l'Accord sur les ADPIC à l'instar des autres exemples d'exceptions et de limitations au droit des brevets que nous avons

⁷¹² Tel est le cas par exemple de l'article 75.f) de l'ordonnance sur les brevets de Hong Kong – et la section 60.7 de la législation sur les brevets du Royaume-Uni – prévoyant que « *le droit conféré par un brevet ne s'étend pas à l'utilisation de l'invention qui fait l'objet du brevet à bord de navires immatriculés dans l'un quelconque des pays membres de l'Union de Paris ou des pays, territoires ou zone membres de l'OMC...* ».

jusqu'ici étudiés, mais bien dans le cadre de l'article 31 qui énoncent les conditions précises qui s'appliquent à la délivrance de ces licences, quels que soient leurs motifs :

- Le bénéficiaire doit avoir tenté une négociation préalable avec le titulaire du droit. Le texte prévoit plus spécifiquement qu'il doit avoir fait des efforts raisonnables, laissant la définition de ce qui est raisonnable dépendre de « *la nature de l'invention et non seulement des pratiques appliquées dans le territoire du Membre de l'OMC concerné, mais aussi des pratiques menées dans les pays voisins ou comparables applicables et, de préférence, à l'échelle mondiale dans les cas où la technologie est utilisée à une telle échelle* »⁷¹³. Deux exceptions sont alors prévues d'une part pour les licences délivrées en vue de remédier à une pratique anticoncurrentielle, prévue expressément à l'article 31(k), et d'autre part pour les licences délivrées en situation d'urgence nationale, prévues par le paragraphe 5 de la Déclaration de Doha, auquel cas le titulaire du brevet doit faire l'objet d'une information ;
- La portée de la licence doit être proportionnelle au besoin du marché ;
- La licence doit pouvoir être révoquée aussitôt que les motifs pour lesquels elle a été octroyée disparaissent ;

Le titulaire du brevet a un droit à rémunération juste et équitable.

241. Plan. L'article 31 de l'Accord sur les ADPIC n'énumère pas de manière exhaustive les motifs d'octroi de licence obligatoire. Ils mentionnent certaines situations reprises par d'autres conventions, comme la Déclaration de Doha ou la Convention de l'Union de Paris.

Les Etats membres jouissant d'une certaine latitude pour déterminer ces motifs, ces derniers sont donc nombreux et peuvent sensiblement différer en fonction des législations⁷¹⁴. Nous nous concentrerons donc dans cette étude aux motifs ressortant directement de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, à savoir le défaut d'exploitation (1), la dépendance entre brevets (2), les pratiques anticoncurrentielles (3), la situation d'urgence et la préservation de la santé publique (4).

⁷¹³ D. GERVAIS, « L'Accord sur les ADPIC », op. cit., p. 380.

⁷¹⁴ Certains motifs ne seront ainsi pas étudiés ici, tels que les licences pour les besoins de la défense nationales, ou encore le cas spécifiques des pays du Commonwealth prévoyant la licence pour les besoins de la Couronne.

1 – Défaut ou insuffisance d'exploitation

242. Définition du défaut d'exploitation. Le système des licences obligatoires pour défaut d'exploitation vise à sanctionner l'abus du titulaire du brevet qui, n'exploitant pas son brevet lui-même, refuse d'en concéder une licence. Comme nous l'avons vu, la notion d'exploitation a évolué ces dernières années afin d'y intégrer la notion d'importation⁷¹⁵.

243. Le délai d'exploitation. Afin de permettre au titulaire du brevet de préparer l'exploitation du brevet, il est communément admis que la licence obligatoire pour défaut d'exploitation ne peut être accordée qu'au terme d'un certain délai. Ce dernier fait relativement consensus auprès des Etats membres de l'OMC tant les différences sont minimales : dans la plupart des Etats-membres, la période pendant laquelle des licences obligatoires ne peuvent être octroyées est de trois ans après la date de délivrance du brevet et/ou quatre ans après la date de dépôt du brevet. Il existe certaines variantes de pure style qui peuvent s'expliquer en fonction des spécificités administratives locales : trois à cinq ans à compter de la date de publication de la mention de délivrance⁷¹⁶, trois ans à compter de l'apposition du sceau sur le fascicule de brevet⁷¹⁷, ou encore trois ans au cours desquels le brevet n'a pas été exploité⁷¹⁸.

244. La légitimité du défaut d'exploitation. Enfin, si un consensus s'est établi au sein des fora internationaux concernant la possibilité de justifier le défaut d'exploitation du brevet par des motifs légitimes⁷¹⁹, ne serait-ce que par conformité à l'article 5A de la Convention de l'Union de Paris, peu de pays en donnent une définition. Chypre est en effet le seul pays étudié prévoyant expressément un test spécifique pour caractériser la légitimité des motifs de non-exploitation. Ce test prend alors en compte différents éléments que sont : la nature de

⁷¹⁵ Cf. n°229.

⁷¹⁶ Réponses de la Turquie, de l'Ukraine et du Tadjikistan : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁷¹⁷ Réponse de l'Australie : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁷¹⁸ Réponse de Monaco : <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁷¹⁹ Plusieurs autres termes sont employés pour déterminer une même réalité : excuses légitimes (France), motifs raisonnables (Japon), raisons valables (Chine), bonnes raisons (Serbie), circonstances justifiant la non-exploitation (Pakistan), raisons dûment justifiées (Mexique), raison acceptable (Suède), etc.

l'invention, le temps écoulé et les mesures déjà prises par le titulaire du brevet pour remédier au défaut d'exploitation, la capacité de production du bénéficiaire de la licence obligatoire et les risques économiques encourus pas une exploitation forcée du brevet⁷²⁰. Les autres pays ont préféré laissé une définition au cas par cas à la souveraine appréciation des juridictions compétentes⁷²¹.

Toutefois, il ressort des travaux de l'OMPI certains éléments communs à toutes les législations étudiées afin de déterminer certaines caractéristiques des motifs légitimes :

D'une part, ces motifs peuvent être de nature technique ou juridique. Ainsi, en Argentine, sont des motifs légitimes « *les difficultés à caractère technique ou legal, notamment les délais d'obtention de l'autorisation de commercialisation des autorités publiques* »⁷²². De même, en Chine, « *Si la production, l'importation ou la commercialisation est interdite par le gouvernement, aucune licence obligatoire ne peut être accordée au motif d'un défaut d'exploitation* »⁷²³. Mais qu'en est-il des motifs d'ordre économique ? Si ces derniers semblent en effet entrer dans la catégorie des motifs légitimes⁷²⁴, certaines législations les limitent cependant. La Norvège précise que « *Si le titulaire du brevet a des difficultés pour disposer de la matière première ou des ressources financières pour exploiter le brevet, cela ne peut être considéré comme une raison légitime* »⁷²⁵. Il en est de même pour l'Argentine⁷²⁶, le Portugal⁷²⁷, la République dominicaine⁷²⁸ et le Honduras⁷²⁹ qui prévoient expressément que le manque de ressources financières ou de faisabilité financière de l'exploitation ne peut justifier le défaut d'exploitation de l'invention.

⁷²⁰ Par exemple : Section 51(2) de la loi chypriote de 1998

⁷²¹ A titre d'exemple, cf. les réponses de Hongkong, Malaisie, Monaco, Tanzanie, Roumanie, Tadjikistan et Ukraine, <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁷²² Article 43 de la loi argentine de 1996 (traduction).

⁷²³ Réponse de la Chine, <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016) (traduction).

⁷²⁴ La jurisprudence française a ainsi pu admettre le manque de ressources du breveté, certains événements politiques de nature à paralyser ses essais de fabrication ou encore l'échec de ses tentatives répétées pour offrir à des sociétés financières ou industrielles la licence de son brevet (T. civ. Seine, 2 avr. 1912 : Ann. propr. ind. 1913, 1, p. 160).

⁷²⁵ Réponse de la Norvège, <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016) (traduction).

⁷²⁶ Article 43 de la loi argentine de 1996 : « *Le manque de ressources financières et la non-faisabilité financière de l'exploitation du brevet ne constituent pas une circonstance justificatrice [...]* ».

⁷²⁷ Article 118(3) du Code portugais de la propriété intellectuelle : « *Les difficultés techniques ou légales objectives [...] mais pas les difficultés économiques ou financières* ».

⁷²⁸ Article 41(2) de la loi dominicaine de 2000 : « *Le manque de ressources financières et le manque de viabilité financière de l'exploitation du brevet ne constituent pas une circonstance atténuante [...]* ».

⁷²⁹ Article 66(2) de la loi hondurienne de 1999 : « *Le manque de ressources financières et l'absence de viabilité financière de l'exploitation du brevet ne constituent pas une circonstance atténuante [...]* ».

D'autres part, les raisons acceptées sont celles qui échappent au contrôle du titulaire du brevet. Plusieurs termes ont en effet pu être utilisés pour décrire cette caractéristique : Si la plupart des pays prévoyant expressément cette caractéristique font directement référence à la volonté du titulaire du brevet, certains, à l'instar de l'argentine rattachent la définition de ces motifs à un critère d'objectivité, alors que d'autres préfèrent se rattacher à la notion de force majeure, irrésistible extérieure et imprévisible. Quels que soient les termes utilisés, c'est bien la notion d'extériorité qui ressort de toutes ces législations.

2 – La dépendance entre brevets

245. Définition de la dépendance. La licence de dépendance a pour objectif de régler les conflits entre deux titulaires de brevets dont l'exploitation de l'un porterait systématiquement atteinte à l'exploitation de l'autre. Si ce type de licence fait effectivement écho à la règle communément admise interdisant au titulaire d'un brevet de perfectionnement de l'exploiter sans le consentement du titulaire du brevet dit « dominant », il a été généralisé afin de s'appliquer à tout brevet dépendant d'un brevet dominant, peu importe l'existence d'un perfectionnement⁷³⁰. La définition de l'expression de brevet dominant varie en fonction des législations applicables, sans grande conséquence sur la compréhension du sujet :

- La majorité des pays définissent la dépendance de manière positive, autrement dit, par l'existence d'une atteinte au droit⁷³¹. Cette atteinte ouvre alors droit à une action en contrefaçon.

- L'Inde privilégie une définition négative, non pas par l'atteinte provoquée par l'utilisation, mais par la perte d'efficacité de l'exploitation du brevet. Le brevet devient ainsi dépendant lorsque l'existence d'un premier brevet empêche son exploitation de la meilleure manière possible⁷³².

⁷³⁰ Tel peut être le cas par exemple de la seconde application d'un produit (hors seconde application thérapeutique)

⁷³¹ Article L613-15 du Code français de la propriété intellectuelle : « *Lorsque le titulaire d'un brevet ne peut l'exploiter sans porter atteinte à un brevet antérieur dont un tiers est titulaire...* » ; Section 36 de la loi autrichienne de 1970 ; Article 32(4) de la loi Bulgare de 2006, etc.

⁷³² Réponse de l'Inde, <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

246. Le motif de l'octroi. L'étude des diverses législations des Etats-membres de l'OMC nous montre une structure identique autour de trois conditions reprises de l'article 31(l) de l'Accord sur les ADPIC⁷³³. La première de ces conditions est que l'invention revendiquée dans le second brevet doit avoir pour objet un progrès technique important, d'un intérêt économique considérable, par rapport à l'invention revendiquée dans le premier brevet. Cette condition est en effet une transcription pure et simple de l'article 31(l) de l'Accord sur les ADPIC. Ce critère était alors « *destiné aux pays qui disposaient d'une politique fort généreuse concernant les licences obligatoires délivrées dans de tels cas. Ces licences sont encore possibles, mais il est aujourd'hui nécessaire de satisfaire à ce critère passablement strict* »⁷³⁴.

Néanmoins, les législations d'un petit nombre d'autres pays ne définissent pas les mêmes motifs pour l'octroi d'une licence, et privilégient une alternative moins stricte. Par exemple, en Turquie, le titulaire du second brevet peut demander au tribunal d'octroyer une licence pour l'exploitation du premier brevet s'il apporte la preuve que, son brevet sera exploité à des fins industrielles différentes par rapport au premier brevet⁷³⁵. Ce même critère se retrouve également en Tanzanie⁷³⁶ et au Portugal⁷³⁷ qui ajoutent que si les deux brevets sont exploités aux mêmes fins industrielles, une licence obligatoire peut être octroyée à la condition dirimante qu'elle soit réciproque. Ce critère, alternatif au progrès technique présente alors deux particularités : d'une part, il introduit une forme de spécialité industrielle jusqu'ici inexistante dans le droit des brevets, dès lors que l'action en contrefaçon ne regarde pas le contexte de la commercialisation du produit breveté. D'autre part, et au moins pour l'exemple de la Tanzanie, il n'est pas exclusif de toute licence obligatoire mais influe sur la seconde condition : l'obligation de réciprocité.

⁷³³ Article 31(l) de l'Accord sur les ADPIC : « *dans les cas où une telle utilisation est autorisée pour permettre l'exploitation d'un brevet (le "second brevet") qui ne peut pas être exploité sans porter atteinte à un autre brevet (le "premier brevet"), les conditions additionnelles suivantes seront d'application:*

i) *l'invention revendiquée dans le second brevet supposera un progrès technique important, d'un intérêt économique considérable, par rapport à l'invention revendiquée dans le premier brevet;*

ii) *le titulaire du premier brevet aura droit à une licence réciproque à des conditions raisonnables pour utiliser l'invention revendiquée dans le second brevet; et*

iii) *l'utilisation autorisée en rapport avec le premier brevet sera incessible sauf si le second brevet est également cédé ».*

⁷³⁴ D. GERVAIS, « L'Accord sur les ADPIC », op. cit., p. 383.

⁷³⁵ Réponse de la Turquie, <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁷³⁶ Section 54(2) de la loi tanzanienne de 1995.

⁷³⁷ Réponse du Portugal, <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

247. L'obligation de réciprocité. La seconde condition est en effet la possibilité pour le titulaire du premier brevet de revendiquer une licence réciproque, c'est-à-dire une licence permettant d'utiliser le second brevet sous conditions raisonnables. Si tous les Etats membres ont effectivement repris cette condition prévue par l'article 31(1)(2) de l'Accord sur les ADPIC, deux types de différences peuvent être remarqués dans certaines législations :

- La première, comme nous l'avons vu, est la sujétion du principe de réciprocité à une certaine spécialité.
- La seconde est la sujétion du principe de réciprocité à l'existence de motifs particuliers qui s'y opposent. Cette nouvelle condition se retrouve en effet en Finlande, la section 46 de la loi finlandaise de 1967 disposant : « *Le propriétaire d'un brevet pour lequel une licence obligatoire a été octroyée en vertu du paragraphe (1) de la présente section peut obtenir une licence obligatoire pour exploiter l'autre invention sous réserve de raisons spécifiques l'en empêchant* » (traduction).

248. L'incessibilité. Enfin la troisième condition présente dans l'ensemble des législations est l'incessibilité inhérente à toute licence obligatoire, sauf dans le cadre d'une cession du brevet. Cette condition particulière se présente alors comme une exception à l'article 31(e) selon lequel les licences obligatoires sont incessibles, « *sauf avec la partie de l'entreprise ou du fonds de commerce qui en a la jouissance* ».

3 – Les pratiques anticoncurrentielles

249. Définition. L'octroi de la licence est ici considéré comme un remède à une pratique anticoncurrentielle, permettant la mise sur le marché du produit breveté à des conditions de commercialisation respectant le droit de la concurrence. Au-delà de l'article 31(k), ce principe ressort de l'article 8§2 de l'Accord sur les ADPIC selon lequel « *des mesures appropriées, à condition qu'elles soient compatibles avec les dispositions du présent accord, pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie* ». La définition de la pratique anticoncurrentielle n'est pas spécifique au droit des brevets mais concerne davantage le droit de la concurrence. Certains pays prévoient dans leur législation une

définition générale de la pratique anticoncurrentielle, comme « *tout acte antconcurrence effectué dans le but de porter atteinte à l'intérêt public* »⁷³⁸, « *Si le titulaire du brevet utilise ses droits de manière à empêcher toute concurrence loyale* »⁷³⁹, ou encore « *tout acte entravant le comemrce et l'intérêt public* »⁷⁴⁰. D'autres se réfèrent à une liste énumérant diverses pratiques concurrentielles comme la fixation de prix excessifs ou discriminatoires, l'insuffisance de fourniture sur le marché à des conditions raisonnables, la commission d'acte entravant les activités commerciales ou de production, ou encore le refus de donner accès à une infrastructure essentielle⁷⁴¹. De même, en Allemagne, les licences obligatoires pour pratiques anticoncurrentielles résultent non pas du droit des brevets mais du droit de la concurrence (Kartellrecht), et plus particulièrement du droit des ententes⁷⁴².

Cependant, la majorité des pays ne définissent précisément les pratiques anticoncurrentielles, ni dans leur droit de la concurrence, ni dans leur droit des brevets, préférant ainsi laissait libre champs à la compétence des organes spécifiques à cette matière⁷⁴³. Cette solution semble alors retirer toute effectivité à la licence pour pratique anticoncurrentielle dès lors que cette dernière ne peut être octroyée qu'après la condamnation de la société fautive par l'organe de contrôle. Or le rôle de ce dernier n'est-il pas justement de faire cesser ce type de pratique ? Une fois la condamnation effective, la société fautive est dans l'obligation de cesser l'abus, ce qui ne justifie plus l'octroi d'une licence obligatoire, sauf à réduire cette dernière à un rôle purement transitoire dans l'attente du rétablissement de la concurrence, rôle lui-même réduit par les formalités inhérentes à la mise en place de la licence.

Enfin, notons que quelques pays limitent la concession de licences obligatoires pour cause de pratiques anticoncurrentielles au domaine de la santé publique ou de la technologie des semi-conducteurs. C'est par exemple le cas de la France, où l'article L.613-16 dispose que « *les brevets de ces produits, procédés ou méthodes de diagnostic ne peuvent être soumis au régime de la licence d'office dans l'intérêt de la santé publique que lorsque ces produits, ou des produits issus de ces procédés, ou ces méthodes sont mis à la disposition du public en quantité ou qualité insuffisante, ou à des prix anormalement élevés, ou lorsque le brevet est*

⁷³⁸ Sections 50A et 51 de la loi britannique de 1977 (traduction).

⁷³⁹ Article 22 de la loi jordanienne de 1999 (traduction).

⁷⁴⁰ Article 37(6) de la loi zambienne de 1987.

⁷⁴¹ Réponse de l'Argentine, Afrique du Sud, Costa Rica et République Dominicaine, <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

⁷⁴² Cour fédérale d'Allemagne, affaire « Orange book », 6 mai 2009, KZR 39/06.

⁷⁴³ Réponses de l'Australie, Chili, Chine, Inde, Lituanie, Pakistan, Roumaine, Royaume-Uni et Sri Lanka, <http://www.wipo.int/scp/en/exceptions/index.html> (consulté le 1er juillet 2016).

exploité dans des conditions contraires à l'intérêt de la santé publique ou constitutives de pratiques déclarées anticoncurrentielles à la suite d'une décision administrative ou juridictionnelle ».

4 – L'urgence nationale et la préservation de la santé publique

250. Définition. La situation d'urgence et la préservation de la santé publique sont expressément visées à l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, mais aussi à l'article 5 de la Déclaration de Doha qui en donnent quelques exemples : *« les crises dans le domaine de la santé publique, y compris celles qui sont liées au VIH, à la tuberculose, au paludisme et à d'autres épidémies, peuvent représenter une situation d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence »*. Cet article ne donne pas de définition générale de l'état d'urgence ni de la santé publique mais au contraire renvoie cette définition aux lois nationales, en accordant à chaque Etat le droit de *« déterminer ce qui constitue une situation d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence »*

251. L'urgence. Si la condition d'urgence semble pouvoir s'appliquer dans d'autres situations exceptionnelles que l'atteinte à la santé publique, elle a pu être souvent utilisée pour justifier une licence obligatoire portant sur un brevet pharmaceutique. Cette condition est expressément visée à l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, ainsi qu'à l'article 5 de la Déclaration de Doha qui, à défaut de nous offrir une définition générale de cette notion, renvoie cette question aux législations nationales, en accordant à chaque État le droit de *« déterminer ce qui constitue une situation d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence »*.

Nous constatons à la lecture des différentes législations sur les brevets qu'aucune ne dispose d'élément constitutif d'une situation d'urgence. Pire que cela, la sémantique utilisée va à l'encontre de toute tentative de définition par l'ouverture de cette condition à d'autres qualificatifs plus imprécis que celui d'urgence. C'est le cas par exemple de la loi philippine n°8293 dont l'article 93-1 renvoie la possibilité d'octroi d'une licence obligatoire en cas *« d'état d'urgence ou autre état de crise »*. De même, à *« l'état de crise »*, la Chine préférera

les termes de « *situations extraordinaires* »⁷⁴⁴, sans en préciser le degré d'intensité.

Une première définition a alors été apportée grâce à une argumentation *ab exemplo* fondée sur la reconnaissance de situations factuelles comme la situation d'urgence. Ainsi, il a été communément admis, lors des débats au sein des fora internationaux, que certaines épidémies donnaient lieu à une situation d'urgence : « *la plupart des délégations, y compris celle de pays développés comme les États-Unis, l'Union Européenne et le Japon, ont dit que l'épidémie actuelle de sida constituait clairement une situation d'urgence pour les pays de l'Afrique subsaharienne et pour d'autres pays connaissant des conditions similaires* »⁷⁴⁵. Ces débats ont abouti à la formulation de l'article 5 de la Déclaration de Doha qui dispose que : « *les crises dans le domaine de la santé publique, y compris celles qui sont liés au VIH/sida, à la tuberculose, au paludisme et à d'autres épidémies, peuvent représenter une situation d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence* ». En mai 2002, le Zimbabwe a ainsi utilisé cette interprétation lorsque le ministre de la justice, des affaires juridiques et des affaires parlementaires a déclaré une « *urgence d'une période de six mois, à compter de la date de promulgation de cet avis, afin de permettre à l'Etat ou à une personne autorisée par le ministre en vertu de la Section 34 de la loi : a) de fabriquer ou utiliser tout médicament breveté, y compris tout médicament antirétroviral, utilisé dans le traitement des personnes souffrant du VIH/sida ou de maladies liées au VIH/sida ; b) d'importer tout médicament générique utilisé dans le traitement des personnes souffrant du VIH/sida ou de maladies liées au VIH/sida* »⁷⁴⁶.

Une deuxième définition peut être apportée grâce à une argumentation téléologique présente dans les considérations de la délégation du Brésil au sein du questionnaire onusien sur les exclusions de la brevetabilité et exceptions et limitations relatives aux droits : « *dans le contexte d'une licence obligatoire délivrée d'office pour une utilisation publique non commerciale en cas de situation d'urgence nationale, on entend par situation d'urgence nationale une situation de danger imminent pour le public, même si elle ne concerne qu'une partie du territoire national* »⁷⁴⁷. La notion de danger imminent est bien sûr intéressante dans notre cas puisqu'elle caractérise juridiquement l'obligation d'assistance à personne en danger

⁷⁴⁴ OMPI, « Exclusions de la brevetabilité et exceptions et limitations relatives aux droits », op. cit., p. 46.

⁷⁴⁵ http://www.wto.org/french/news_f/news01_f/trips_drugs_010620_f.htm (consulté le 1er juillet 2016)

⁷⁴⁶ C. CORREA, « Implications de la Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique adoptée à Doha », OMS - série Economie de la santé et médicaments, WHO/EDM/PAR/2002.3, p. 18.

⁷⁴⁷ OMPI, « Exclusions de la brevetabilité et exceptions et limitations relatives aux droits », op. cit., p. 45.

et le principe de précaution, selon lesquels l'état de nécessité met en balance la violation d'un droit – en l'occurrence l'exploitation du brevet – afin de garantir la meilleure protection de l'individu exposé de façon critique à un danger et la possibilité de supporter passivement la menace. Cette définition du danger se retrouve en effet aisément lors d'une crise sanitaire concernant les agents pathogènes à fort taux de mortalité, telles que les épidémies citées dans l'article 5 de la Déclaration de Doha.

Enfin, une troisième définition peut être apportée grâce à une argumentation analogique, par comparaison entre les notions de situations d'urgence et d'état d'urgence. En effet, les modalités de limitation des droits et libertés fondamentales lors d'une déclaration d'état d'urgence ressemble, du moins dans leurs fondements, aux modalités d'octroi de licence obligatoire lors d'une déclaration de crise sanitaire. Cependant, nous ne développerons pas cet argument car, d'une part, l'extension des modalités d'octroi de licences obligatoires à situations exceptionnelles autres qu'urgentes prévue dans certaines législations nationales ne semble pas aller en faveur d'une déclaration préalable d'état de crise sanitaire, et d'autre part l'état d'urgence est une notion de droit administratif dont la définition est purement souveraine et ne concerne pas les fora internationaux sur la propriété intellectuelle.

252. L'intérêt public. A côté de la condition d'urgence, certains pays ont introduit dans leur législation nationale la condition d'intérêt public⁷⁴⁸ dont la portée exacte varie d'un pays à l'autre, ce qui illustre, encore une fois, la diversité des considérations de politique générale entre les pays. La définition de cette condition s'étudie alors en fonction du rapport comparatif que les États en font avec la condition d'urgence :

- D'une part, la question de la définition de l'intérêt public ne se pose qu'à l'égard de certains États, puisque nombre d'entre eux ne l'ont pas intégrée dans leur législation. C'est ainsi le cas pour l'article 92 de la loi indienne de 1970 qui se contente d'énumérer les circonstances d'urgence nationale et d'extrême urgence comme étant définie par la volonté de protéger la santé publique. Autrement dit, nous pouvons présumer qu'il existe dans ces pays une confusion entre ces deux conditions.

⁷⁴⁸A cause des difficultés de traduction et de fidélité de la lettre des lois dans leur version française, il sera dans certains cas possible d'utiliser le terme « utilité publique ». Tel est le cas par exemple de la loi brésilienne de 1996.

- D'autre part, certains pays – dont la France, l'Allemagne, le Japon ou la Suisse – à l'inverse ont introduit la condition d'intérêt public dans leur législation, mais méconnaissent la condition d'urgence. A la lecture de ces législations, nous trouvons comme dénominateur commun de définition la protection de la santé publique et sécurité nationale. Par exemple, l'article L613-16 du Code français de la propriété intellectuelle dispose que « *si l'intérêt de la santé publique l'exige et à défaut d'accord amiable avec le titulaire du brevet, le ministre chargé de la propriété industrielle peut, sur demande du ministre chargé de la santé publique, soumettre par arrêté au régime de la licence d'office* » des médicaments, produits ou procédés de fabrication, « *lorsque ces produits, ou des produits issus de ces procédés sont mis à disposition du public en quantité ou qualité insuffisantes ou à des prix anormalement élevés* ». L'intérêt de la législation française est ici de fournir un encadrement précis de l'intérêt public en mettant en balance d'un côté l'existence d'une crise sanitaire et de l'autre les modalités de production du médicament sur le territoire français. En effet, les autres lois que nous avons énumérées ne sont pas aussi précises dans leur définition de l'intérêt public : L'article 93 de la loi japonaise de 1959 telle qu'amendée en 2006 ne mentionne que l'intérêt public sans le définir. L'article 45 de la loi argentine de 1996 limite l'intérêt du public au cas d'urgence sanitaire et de la sécurité nationale. Enfin, l'article 40 de la loi Suisse de 1954 décompose la définition de l'intérêt public⁷⁴⁹ selon des critères établis par la Déclaration de Doha et la Décision du 30 août 2003 que nous étudierons ultérieurement.
- Enfin, certains pays comme le Brésil, la Chine⁷⁵⁰ et le Chili distinguent dans la loi les conditions d'urgence et d'intérêt public. Cette distinction n'est cependant pas caractéristique de la définition de l'intérêt public car l'étude de la structure de ces législations nous permet de comprendre qu'au lieu de s'opposer, ces conditions se complètent, l'urgence étant, pour ces pays, intégrée comme composante de l'intérêt public, au même titre que « *la santé publique, la nutrition, la protection de*

⁷⁴⁹L'article 40 de la loi suisse de 1954 dispose que : « Lorsque l'intérêt public l'exige, celui auquel le titulaire du brevet a refusé, sans raisons suffisantes, d'accorder la licence requise peut demander au juge l'octroi d'une licence pour utiliser l'invention ». L'article 40d le complète en disposant que : « toute personne peut demander au juge l'octroi d'une licence non exclusive pour la fabrication de produits pharmaceutiques brevetés et leur exportation vers un pays n'ayant aucune capacité de fabrication ou une capacité insuffisante dans le secteur pharmaceutique mais auquel ces produits sont nécessaires pour lutter contre des problèmes de santé publique... ».

⁷⁵⁰ Article 49 de la loi chinoise de 2005.

l'environnement, ainsi que les questions revêtant une importance primordiale dans le développement technique ou social et économique du [pays] »⁷⁵¹.

Section 2 – L'atteinte au droit d'exploitation

253. Généralités. La partie III de L'Accord sur les ADPIC représente certainement l'un de ses plus importants apports : avant son entrée en vigueur, les rares dispositions traitant des procédures nécessaires pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle se résumaient à une obligation générale de donner accès à la justice et à la possibilité de saisir les marchandises internationales contrefaisantes⁷⁵².

L'article 41 de l'Accord sur les ADPIC prévoit donc que « les Membres feront en sorte que leur législation comporte des procédures destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle telles que celles qui sont énoncées dans la présente partie, de manière à permettre une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle couverts par le présent accord, y compris des mesures correctives rapides destinées à prévenir toute atteinte et des mesures correctives qui constituent un moyen de dissuasion contre toute atteinte ultérieure. Ces procédures seront appliquées de manière à éviter la création d'obstacles au commerce légitime et à offrir des sauvegardes contre leur usage abusif ».

L'harmonisation des systèmes judiciaires nationaux s'est confrontée à la préoccupation de plusieurs pays émergents concernant la disponibilité des ressources. Certains pays refusent en effet d'établir un système judiciaire spécifique à la propriété intellectuelle. Cette question fut réglée par le paragraphe 5 de l'article 41 selon lequel : *« Il est entendu que la présente partie ne crée aucune obligation de mettre en place, pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle, un système judiciaire distinct de celui qui vise à faire respecter la loi en général, ni n'affecte la capacité des Membres de faire respecter leur législation en général. Aucune disposition de la présente partie ne crée d'obligation en ce qui concerne la répartition des ressources entre les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et les moyens de faire respecter la loi en général ».* Pour cette raison, la partie III de l'Accord sur

⁷⁵¹ OMPI, « Exclusions de la brevetabilité et exceptions et limitations relatives aux droits », op. cit., p. 46.

⁷⁵² Par exemple, les articles 9 et s. de la Convention de l'Union de Paris.

les ADPIC est rédigée de manière relativement vague laissant une marge nationale de manœuvre plutôt conséquente. Ainsi, au-delà de l'obligation de donner accès à des procédures loyales et équitables, seuls certains points procéduraux précis font l'objet d'une harmonisation plus poussée, à l'instar des procédures d'injonction préventive, inconnues jusqu'alors par certains pays d'Asie⁷⁵³.

Deux types de procédures sont prévues, chacune subissant le particularisme du droit des brevets : en effet, si tous les Etats-membres ont l'obligation de prévoir des procédures civiles dans tous les domaines de la propriété intellectuelle (I), les procédures pénales ne sont pas obligatoires en matière de brevet (II)

I – Les procédures civiles

254. Plan. Les principes généraux gouvernant les procédures civiles sont prévus à la section 2 de la partie III de l'Accord sur les ADPIC. Tous les Etats-membres doivent alors prévoir des procédures judiciaires civiles destinées à faire respecter tous les droits protégés par l'Accord sur les ADPIC. Mis à part l'article 42 de l'Accord sur les ADPIC qui appliquent aux procédures civiles les principes énoncés par l'article 41, deux thèmes se démarquent à la lecture des autres dispositions : celui de la conservation de la preuve (A) et celui de la sanction (B).

A – Les procédures de saisies

255. Des mesures provisoires. L'article 50 de l'Accord sur les ADPIC dispose que « *les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner l'adoption de mesures provisoires rapides et efficaces:*

a) pour empêcher qu'un acte portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle ne soit commis et, en particulier, pour empêcher l'introduction, dans les circuits commerciaux relevant de leur compétence, de marchandises, y compris des marchandises importées immédiatement après leur dédouanement;

⁷⁵³ D. GERVAIS, « l'Accord sur les ADPIC », op. cit., p. 420.

b) pour sauvegarder les éléments de preuve pertinents relatifs à cette atteinte alléguée ».

Tel que prévues à l'article 41 dudit Accord, ces mesures provisoires peuvent faire l'objet de procédure d'urgence. Si le titre même de cet article se réfère aux mesures anglo-saxonnes d'injonction, il englobe également les procédures continentales de requête/référé ou de cessation.

Si aujourd'hui, les mesures de cessation de l'atteinte ne portent pas à controverse, il peut être plus intéressant de comparer les différentes mesures de sauvegarde des éléments de preuve pertinents, notamment aux regards des deux mesures-phare dans le monde que sont la saisie-contrefaçon (1) et l'ordonnance Anton Piller (2).

1 – La saisie-contrefaçon

256. Historique. La saisie-contrefaçon est un mode de preuve spécifique à la propriété intellectuelle. Contrairement aux procédures américaines que nous étudierons, elle « *n'est pas une mesure d'exécution forcée mais une procédure qui offre au titulaire d'un droit de propriété intellectuelle un moyen radical d'administrer la preuve d'une atteinte à ses droits* »⁷⁵⁴. Cette mesure a été créée en France par la loi des 19-24 juillet 1793 relative aux droits d'auteur. Elle a été transposée dans l'ordre interne de nombreux pays européens, tels que la Belgique, l'Italie et les Pays-Bas, avant d'avoir fait l'objet d'une harmonisation européenne par la directive 2004/48/CE. Aujourd'hui, elle est également appliquée dans le cadre de la Juridiction unifiée, par l'Accord du 19 février 2013. Si ce dernier n'emploie pas directement le terme de saisie-contrefaçon, la délimitation en est équivalente :

« A la demande du requérant qui a présenté des éléments de preuve raisonnablement accessibles pour étayer ses allégations selon lesquelles son brevet a été contrefait ou qu'une telle contrefaçon est imminente, la Juridiction peut, avant même l'engagement d'une action au fond, ordonner des mesures provisoires rapides et efficaces pour conserver les éléments de preuve pertinents au regard de la contrefaçon alléguée, sous réserve que la protection des informations confidentielles soit assurée. »

⁷⁵⁴ C. BERNAULT et J.-P. CLAVIER, « dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle », op. cit., p. 381.

De telles mesures peuvent inclure la description détaillée, avec ou sans prélèvement d'échantillons, ou la saisie matérielle des produits litigieux et, dans les cas appropriés, des matériels et instruments utilisés pour produire et/ou distribuer ces produits ainsi que des documents s'y rapportant.

La Juridiction peut, avant même l'engagement d'une action au fond, à la demande du requérant qui a présenté des éléments de preuve pour étayer ses allégations selon lesquelles son brevet a été contrefait ou qu'une telle contrefaçon est imminente, ordonner une descente sur les lieux. Cette descente sur les lieux est effectuée par une personne nommée par la Juridiction conformément au règlement de procédure.

Lors de la descente sur les lieux, le requérant n'est pas présent en personne, mais il peut être représenté par un professionnel indépendant dont le nom figure dans l'ordonnance de la Juridiction [...] ».

En effet, si l'assimilation à l'approche nationale de la saisie-contrefaçon est évidente, la rédaction de cet article s'est largement inspirée des termes plus généraux issus de l'article 50 sur les ADPIC⁷⁵⁵.

257. Conditions. L'intérêt de la mesure réside dans ses conditions relativement faciles à satisfaire puisque l'article 60 de l'Accord de 2013, l'article 1369bis du Code de justice belge et l'article L.615-5 du Code français de la propriété intellectuelle ne prévoient comme seule condition que l'atteinte à un droit de propriété intellectuelle. Le demandeur n'a donc pas l'obligation de démontrer un quelconque préjudice.

Concernant l'existence même du droit, la question ne pose guère de problème puisque le brevet fait l'objet de la délivrance d'un titre pour une durée déterminée. Ainsi, les textes

⁷⁵⁵ P. VERON et N. BOUCHE, « La saisie-contrefaçon devant la juridiction unifiée du brevet », propr. Intell., n°53, octobre 2014, p. 334 : « Ainsi, par exemple, la formule de l'article 60 § 1 tire notamment de la lettre de l'article 50 de l'accord Adpic, qui énonce que les autorités judiciaires sont habilitées à « ordonner l'adoption de mesures provisoires rapides et efficaces [...] pour sauvegarder les éléments de preuve pertinents relatifs à cette atteinte [à un droit de propriété intellectuelle] alléguée », l'idée que la mesure de conservation des preuves d'une contrefaçon doit être légalement aménagée et judiciairement appliquée de telle manière qu'elle soit une mesure « rapide et efficace ». Cette dernière considération peut devenir très importante en pratique puisqu'elle recèle, à l'évidence, une ligne interprétative forte et claire que la Juridiction unifiée du brevet devrait suivre lorsque se poseront des difficultés quant à l'interprétation et l'application des dispositions de l'accord relatives aux mesures de conservation des preuves analogues à la saisie-contrefaçon. La Juridiction unifiée du brevet devra interpréter ces dispositions de manière à rendre rapides et efficaces les mesures qui y sont visées ».

exigent simplement la production d'une copie du titre de brevet ou du certificat complémentaire de protection, ou, dans le cas d'une demande en cours de délivrance, de la copie certifiée conforme de la demande accompagnée de la preuve de sa notification au présumé contrefacteur⁷⁵⁶.

Si la jurisprudence française n'exige que la preuve de l'existence du droit et non la preuve de sa validité⁷⁵⁷, l'article 1369bis alinéa 1 du Code de justice belge oblige la juridiction compétente à vérifier que ledit droit soit « *selon toutes apparences, valable* ». La jurisprudence belge fait cependant preuve d'une grande souplesse en la matière, par exemple en ne faisant aucune distinction entre les brevets délivrés avec ou sans examen⁷⁵⁸, ou encore en ne tenant pas compte des possibles révocations ou rejets opérés à l'étranger⁷⁵⁹.

Concernant l'atteinte au droit, la position diffère également selon la législation étudiée. Le droit français ne prévoit pas l'obligation pour le demandeur de justifier d'une atteinte à son droit pour qu'il soit fait droit à une demande de description, alors que cette obligation est expressément prévue pour toute autre mesure d'interdiction provisoire⁷⁶⁰. Selon le professeur GALLOUX, « *le texte communautaire paraît plus exigeant que le texte français sur ce point. Il faudrait donc en conclure que, à la différence de la pratique antérieure, le requérant devra apporter des éléments permettant au Président de s'assurer de la réalité soit de la menace de contrefaçon, soit de celle-ci* ». En effet, la directive européenne est rédigée conformément à l'article 50 de l'Accord sur les ADPIC selon lequel « *les autorités judiciaires seront habilitées à exiger du requérant qu'il fournisse tout élément de preuve raisonnablement accessible afin d'acquiescer avec une certitude suffisante la conviction qu'il est le détenteur du droit et qu'il est porté atteinte à son droit ou que cette atteinte est imminente* ». La formulation employée par le législateur belge est quant à elle sensiblement différente car, à la place d'une atteinte actuelle et imminente, le Code de justice belge ne prévoit que le cas d'une simple menace d'atteinte. L'imminence de cette dernière n'est donc pas un critère

⁷⁵⁶ Articles R.615-2 et R.623-51 du Code français de la propriété intellectuelle ; Article 1369bis alinéa 2 du Code de justice belge.

⁷⁵⁷ L'article L.615-17 du Code français de la propriété intellectuelle prévoit en effet que l'examen de la validité du titre entre dans la compétence des juges du fond.

⁷⁵⁸ Civ. Bruxelles, 29 juin 2004, I.R. D.I., 2004, p. 402.

⁷⁵⁹ Civ. Bruxelles, 29 juin 2004, I.R. D.I., 2004, p. 402 ; Civ. Bruxelles, 11 mars 2008, I.C.I.P., 2008, p. 555 ; Civ. Bruxelles, 13 mai 2005, I.R. D.I., 2005, p. 432 ; Civ. Bruxelles, 26 mai 2003, I.R. D.I., 2003, p. 273 ; Civ. Bruxelles, 13 juin 2003, I.R. D.I., 2003, p. 275 ; Civ. Bruxelles, 16 juin 2004, I.R. D.I., 2004, p. 188. Dans le même sens également : C.J.C.E., 13 juillet 2006, Roche c. Primus, C-539/03, Rec., 2006, p. I-6535.

⁷⁶⁰ Article L.615-3 du Code français de la propriété intellectuelle.

déterminant⁷⁶¹. Néanmoins, la preuve de la menace doit être sérieuse : le simple risque théorique d'une atteinte n'est pas suffisamment probant⁷⁶².

258. Exécution de la mesure. L'aisance avec laquelle le demandeur peut obtenir une saisie-contrefaçon justifie que les effets de cette dernière soit strictement encadrés. Nous noterons simplement qu'il est communément admis que l'ordonnance émise par la juridiction compétence doit prévoir aussi bien les lieux de saisies que la date et l'heure, la description des biens et documents à saisir ainsi que les catégories et le nombre de personnes autorisées à assister à la saisie.

2 – L'ordonnance Anton Piller

259. Les injonctions anglo-saxonnes. Les pays de Common Law⁷⁶³ ne connaissent aucune mesure spécifique à la procédure à la propriété intellectuelle, d'autant plus qu'il n'existe aucune action spécifique au brevet comme il peut exister la procédure du passing off pour les marques. Cependant, ils ne sont pas en reste avec l'existence de différents recours extraordinaires et discrétionnaires, mêlant mesures provisoires et mesures conservatoires, ayant pu être décrits, du fait de leurs effets titanesques, comme les bombes nucléaires de la *civil law*⁷⁶⁴. Si les ordonnances Mareva⁷⁶⁵ et Norwich⁷⁶⁶ font parties des recours fréquemment utilisés, nous nous intéressons plus particulièrement à l'ordonnance Anton Piller et la saisie avant jugement.

⁷⁶¹ Civ. Bruxelles, 13 mai 2005, I.R. D.I., 2005, p. 432.

⁷⁶² Cass., 26 novembre 2009, I.C.I.P., 2009, p. 540.

⁷⁶³ Si les ordonnances qui nous étudions ici sont originaires de la jurisprudence britannique, nous nous concentrerons afin de faciliter la comparaison avec la saisie-contrefaçon française, aux jurisprudences canadiennes, bien plus fournies en la matière.

⁷⁶⁴ Propos tenus par le juge Donaldson : Cour Suprême du Royaume-Uni, *Bank Mellat vs Nikpour*, [1985] F.S.R. 87, (H.C. R.-U.), p. 92.

⁷⁶⁵ L'ordonnance Mareva a pour objet le gel ou la saisie des actifs du défendeur afin qu'il ne puisse détruire certains biens composant son patrimoine. Si elle peut être utilisée à des fins de conservation de la preuve, ce n'est pas son but premier qui est de garantir l'indemnisation : *Mareva Compania Naviera SA vs International Bulkcarriers SA* [1980] 1 All. E.R. 213.

⁷⁶⁶ L'ordonnance Norwich a pour objet d'obtenir et conserver la preuve détenue par un tiers, tel que l'Administration des douanes, ou un tiers dépositaire : *Norwich Pharmacal Co. vs Commissioners of Customs and Excise*, [1974], A.C. 133 ; *Glaxo Wellcome PLC vs MNR*, [1998], 4 C.F. 349.

L'ordonnance Anton Piller se différencie de la mesure de saisie-contrefaçon en ce qu'elle se base sur les pouvoirs généraux du juge concernant l'administration de la preuve⁷⁶⁷. De ce fait, il serait plus acceptable de les comparer aux articles 132 et suivants du Code français de procédure civile plutôt qu'à l'article L.615-5 du Code français de la propriété intellectuelle.

260. Anton Piller. L'ordonnance *Anton Piller* est en quelque sorte le regroupement d'une injonction de faire et d'une saisie avant jugement dans un même *instrumentum* en ce qu'elle se définit comme une injonction de se laisser saisir, afin de conserver et de protéger tout élément de preuve détenu par la partie adverse, et qui risquerait de disparaître. A ce titre, elle ne devrait devenir ni un moyen de communication ni de recherche de la preuve⁷⁶⁸. Parce qu'elle prévoit une obligation de totale collaboration de la partie saisie, cette ordonnance vaut également injonction de cesser toute activité frauduleuse et de retirer tout produit contrefaisant du marché.

Ce type d'ordonnance tient son nom de l'arrêt de la Cour Suprême du Royaume-Uni de 1976 selon lequel : « *aucun tribunal n'a le pouvoir de délivrer un mandat de perquisition pour entrer dans la maison d'un homme afin de voir s'il y a des documents incriminants, qu'il s'agisse d'infractions au droit d'auteur ou à tout autre élément du genre. Aucun agent de police ou huissier de justice ne peut frapper à la porte et exiger l'entrée afin d'inspecter ces documents. Le chef de famille peut lui fermer la porte et dire : «Sortez». Cela a été établi dans l'affaire principale Entick c. Carrington. Aucun d'entre nous ne souhaiterait réduire ce principe en tout cas. Mais l'ordonnance demandée dans cette affaire n'est pas un mandat de perquisition. Elle n'autorise pas les avocats des plaignants ou quelqu'un d'autre à entrer dans les locaux des défendeurs contre leur volonté. Elle n'autorise pas la dégradation des portes, ni le passage par une porte arrière, ni l'entrée par une porte ou une fenêtre ouverte. Elle autorise uniquement l'entrée et l'inspection par l'autorisation des défendeurs. Les demandeurs doivent obtenir la permission des défendeurs. L'ordonnance demandée appuie les défendeurs pour donner leur permission. En fait, elle leur ordonne de donner l'autorisation - avec, je suppose, le résultat que s'ils ne donnent pas la permission, ils sont coupables d'outrage au*

⁷⁶⁷ Concernant la jurisprudence canadienne, il s'agit des articles 20 et 46 du Code canadien de procédure civile.

⁷⁶⁸ IMS Health Canada inc vs Think Business ltd, [2013], 2013 QCCA 1303, p. 39.

tribunal »⁷⁶⁹. Ainsi, l'ordonnance Anton Piller oblige la partie concernée à « se laisser perquisitionner », et à « collaborer entièrement » en indiquant les endroits où rechercher la preuve et en permettant à toute personne autorisée d'y pénétrer.

261. Comparaison des conditions. Parce qu'elle comporte en plus de la saisie un volet « injonction », les conditions d'obtention de l'ordonnance sont plus strictes que celles des mesures d'administration judiciaire de la preuve en droit français :

- La première est un droit d'action *prima facie* consistant en un commencement de preuve par écrit. Selon Daniel OVADIA, ce commencement de preuve par écrit, qui se doit d'être très convaincant, se fait en principe à l'aide d'affidavits et de pièces démontrant *prima facie* le droit d'agir en justice⁷⁷⁰. En matière de propriété intellectuelle, ce commencement de preuve est alors admis par la démonstration par le demandeur de l'existence d'un titre de propriété apparent, objet d'une violation par la partie adverse⁷⁷¹. L'obligation de démontrer « *l'existence d'un droit légalement reconnu ou judiciairement constaté*⁷⁷² » est également la condition principale pour l'obtention d'une mesure en droit français, et plus particulièrement la seule condition nécessaire à l'obtention d'une mesure de saisie contrefaçon.
- La seconde condition est l'existence d'un préjudice réel ou possible. Sur ce point, La Cour Suprême du Canada est suffisamment claire : « *le terme irréparable a trait à la nature du préjudice subi plutôt qu'à son étendue. C'est un préjudice qui ne peut être quantifié du point de vue monétaire ou un préjudice auquel il ne peut être remédié, en général parce qu'une partie ne peut être dédommée par l'autre. Des exemples du premier type sont le cas où la décision du tribunal aura pour effet de faire perdre à une partie son entreprise (R.L. Crain Inc vs Hendry – 1988) ; le cas où une partie peut subir une perte commerciale permanente ou un préjudice irréparable à sa réputation commerciale (Américan Cyanamid vs Ethicon – 2001), ou encore le cas où une partie peut subir une perte permanente de ressources naturelles lorsqu'une activité contestée*

⁷⁶⁹ Anton Piller vs Manufacturing Processes Ltd, [1976] 1 All E.R. 799, pp. 782-783 (traduction).

⁷⁷⁰ D. OVADIA, « L'ordonnance Anton Piller : développement en droit canadien », in Service de la formation permanente du Barreau du Québec, « Développements récents en droit de la propriété intellectuelle », vol.157, Editions Yvon Blais, 2001, pp. 489-490.

⁷⁷¹ J.-A. LEGER, « Analyse et évolution des ordonnances Anton Piller et Mareva au Canada », 2 CPI 377, 1990, p. 382.

⁷⁷² Cass. 1^e civ., 6 novembre 1990, n°89-15246.

*n'est pas interdite (MacMillan Bloedel Ltd vs Mullin – 1985). Le fait qu'une partie soit impécunieuse n'entraîne pas automatiquement l'acceptation de la requête de l'autre partie qui ne sera pas en mesure de percevoir ultérieurement des dommages et intérêts, mais ce peut-être une considération pertinente »*⁷⁷³. Ainsi, dans l'affaire Nintendo, la Cour Suprême du Canada avait relevé les affirmations du demandeur concernant « *la rapidité avec laquelle les défendeurs contrefacteurs avaient pénétré le marché du demandeur en l'inondant de copies contrefactrices pour environ la moitié du prix, les défendeurs épargnant évidemment les coûts de recherche et de développement »*⁷⁷⁴.

- Enfin, la dernière condition est que le défendeur dispose des éléments de preuve qui peuvent être détruits avant que ne puisse être introduite une demande *inter partes*. Cette condition peut être interprétée comme le pendant de la jurisprudence française concernant le motif légitime⁷⁷⁵, bien que ce dernier reflète une réalité bien plus large. La preuve du risque de destruction étant difficile à apporter, les juges canadiens ont accepté la présomption tirée du comportement frauduleux du défendeur, particulièrement en matière de contrefaçon. Ainsi, dans l'affaire *Bell Express Vu*⁷⁷⁶, les juges ont-ils considéré que les seuls actes de contrefaçon et de piraterie permettent de conclure qu'il existe un risque important de destruction ou de camouflage de la preuve. De même, dans l'affaire *Ontario Realty Corp*⁷⁷⁷, la Cour considère que les méthodes traditionnelles d'administration de la preuve ne sont plus suffisantes dans les cas de contrefaçon, en particulier parce que les données informatiques souvent utilisées peuvent être facilement détruites ou modifiées.

262. Comparaison des effets. Concernant les effets de l'ordonnance Anton Piller, ces derniers sont en revanche plus larges que ceux de la saisie-contrefaçon, notamment en ce qui

⁷⁷³ RJR-Macdonald Inc vs Canada [1994] 1 R.C.S. 311, p. 341.

⁷⁷⁴ Nintendo of America Inc vs Coinex Video Games Inc, [1983] 2 E.C. 189, p. 383.

⁷⁷⁵ Cette condition peut être interprétée comme le pendant de la jurisprudence française concernant le motif légitime : Cour de cassation, troisième chambre civile, 24 février 1999, bull. civ. III, n°48.

⁷⁷⁶ Bell Express Vu vs Pomeroy et al, [2002], 02-CL-4687.

⁷⁷⁷ Ontario Realty Corp vs P. Gabriel & Sons, [2000], 50 O.R. (3d) 539, p.546 : « *Les méthodes judiciaires traditionnelles sont incapables de traiter de nombreux cas modernes de contrefaçon de brevet, de vol de secret commercial, de piraterie de divertissement, etc. La preuve de l'infraction, comme les enregistrements informatiques, les programmes informatiques et les circuits électroniques portables, peut être facilement effacée, détruite, ou cachée, et les fournisseurs de matériel piraté sont à la fois difficiles à identifier et très mobiles »* (traduction).

concerne les points suivants, délimités par la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *Adobe*⁷⁷⁸ :

- L'entrée et la perquisition doivent être effectuées aux lieux et moments précisés. A la différence du droit français où l'ordonnance de saisie-contrefaçon doit obligatoirement préciser tous les lieux où la saisie peut être effectuée, la Common Law prévoit la possibilité d'ajouter de nouveaux lieux de saisie – et également de nouvelles parties défenderesses – découverts en cours d'exécution. Ainsi, par ces ordonnance dites « *Rolling Anton Piller* » et « *John & Jane Doe* », « la Cour évite au demandeur d'avoir à revenir devant elle pour demander une nouvelle ordonnance ou une ordonnance amendée, éliminant ainsi des délais additionnels qui pourraient être cruciaux et augmenteraient les risques de destruction dans des lieux qui, autrement, ne seraient pas couverts par l'ordonnance initiale »⁷⁷⁹.
- L'ordonnance doit désigner les catégories et le nombre par catégorie des personnes autorisées à être présentes lors de l'exécution de la saisie. Il est en effet commun à toutes les procédures que nous étudions que seules les personnes mentionnées dans l'ordonnance reçoivent l'autorisation d'agir de la juridiction compétente. Les catégories de personnes autorisées sont alors relativement identiques à celles prévues lors d'une saisie-contrefaçon, à l'exception de la catégorie originale de l'*Independent Supervising Solicitor*. Ce dernier a été introduit dans la procédure de saisie en premier par la Cour d'Appel du Québec, avant d'avoir été consacré par la Commission Staughton au Royaume-Uni⁷⁸⁰, qui ordonne « *qu'un avocat indépendant, c'est-à-dire, n'appartenant pas à la firme d'avocats représentant le requérant d'une ordonnance Anton Piller, supervise l'exécution d'une telle ordonnance* »⁷⁸¹. En tant que représentant non pas des parties mais de la juridiction qui a ordonné la saisie, son rôle est de surveiller le respect de l'ordonnance par l'huissier, le rôle de ce dernier étant restreint à la simple exécution de la mesure. Il s'assure d'une part du respect des droits élémentaires de la justice, en garantissant le droit à l'assistance d'un avocat et en mettant en place un délai afin que le défendeur puisse obtenir conseil. D'autre part, il

⁷⁷⁸ Adobe Systems Inc. vs KLJ Computer Solutions Inc., [1999] 3 C.F. 621.

⁷⁷⁹ D. FERRON, « L'ordonnance Anton Piller : nature, exécution, application particulière en matière de saisies de données informatiques », *Revue du barreau* (Québec), tome 64, 2004, p. 342.

⁷⁸⁰ D. FERRON, « L'ordonnance Anton Piller : nature, exécution, application particulière en matière de saisies de données informatiques », *op. cit.*, p. 352.

⁷⁸¹ Raymond Chabot SST Inc. vs Groupe AST, [2002] R.J.Q. 2715.

informe la juridiction de tout abus de toute personne autorisée, susceptible d'ouvrir une procédure pour outrage au tribunal, ainsi que de toute objection formulée par les parties. Enfin, c'est également lui qui, en tant que gardien pour la Cour, conserve les biens et documents saisis.

B – Les sanctions civiles

263. L'indemnisation du titulaire du droit. L'article 45.1 de l'Accord sur les ADPIC rappelle la règle communément admise de l'indemnisation du préjudice subi par le titulaire du droit de propriété intellectuelle : « *les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner au contrevenant de verser au détenteur du droit des dommages-intérêts adéquats en réparation du dommage que celui-ci a subi du fait de l'atteinte portée à son droit de propriété intellectuelle par le contrevenant, qui s'est livré à une activité portant une telle atteinte en le sachant ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir* ». Contrairement aux articles 37.1 et 45.2 du même Accord qui disposent de possibilité d'octroi de dommage-et-intérêts particulier, l'article 45.1 prévoit l'obligation pour le contrefacteur de connaître, ou au moins avoir des raisons de connaître, le caractère contrefaisant de son acte. Cette disposition ressort en effet de la volonté commune des Etats de protéger les tiers indirectement liés à la contrefaçon, comme un revendeur, et qui n'aurait pas de raisons de vérifier la légalité des marchandises sous leur responsabilité.

264. Les dommages et intérêts punitifs. L'Accord sur les ADPIC ne prévoit pas de mode de calcul particulier des dommages et intérêts et laisse à l'appréciation des Etats-membres le degré de sévérité de la sanction. Seule est faite la mention à des « *dommages et intérêts adéquats* ». Si les pays de tradition romaniste restent fidèles au principe de la réparation intégrale compensatoire, les pays de Common Law sont considérés comme l'Alma Mater des dommages et intérêts punitifs. Ainsi, la section 284§2 du Code fédéral américain dispose que « *La cour peut augmenter les dommages et intérêts à trois fois le montant de la condamnation* » (traduction). L'utilisation du terme "may" indique que l'application de cette disposition n'est pas automatique. La jurisprudence américaine à ce sujet est alors nombreuse. Retenons simplement que la Cour d'appel fédérale considère que les dommages et intérêts punitifs ne peuvent être attribués qu'en raison de la culpabilité accrue du contrevenant, en aucun le juge

ne peut l'utiliser dans le simple but de compenser le montant attribué par le jury qu'il jugerait trop faible⁷⁸². Cette position répond en effet à la doctrine anglo-saxonne qui opère une distinction entre les *exemplary damages* – dont l'objet est de sanctionner le comportement du contrevenant – et les *aggravated damages* – dont l'objet est de réparer un préjudice accru de la victime⁷⁸³. En tant qu'*exemplary damages*, l'augmentation des dommages et intérêts en cas de contrefaçon se rapproche de la notion de circonstances aggravantes étudiée en matière pénale dans les pays de tradition romaniste. La constitutionnalité des dommages et intérêts punitifs aux Etats-Unis, notamment au regard des cinquième et quatorzième amendements⁷⁸⁴, se fonde en effet sur la volonté de pallier l'absence de procédure pénale en matière de contrefaçon. Cet argument se limite cependant à la pratique même de la propriété intellectuelle dès lors que les procédures pénales sont très peu utilisées dans les pays qui le permettent. La question d'une harmonisation des pratiques nationales en matière de dommages et intérêts n'a donc pas lieu d'être, la réelle problématique se portant, comme nous le verrons, sur la possibilité ou non d'établir des procédures pénales en matière de brevet⁷⁸⁵.

265. Les autres mesures correctives. L'article 46 de l'Accord sur les ADPIC prévoit quant à lui les autres mesures correctives que les Etats-membres peuvent mettre en œuvre afin de combattre la contrefaçon. Ainsi, « *afin de créer un moyen de dissuasion efficace contre les atteintes aux droits, les autorités judiciaires seront habilitées à ordonner que les marchandises dont elles auront constaté qu'elles portent atteinte à un droit soient, sans dédommagement d'aucune sorte, écartées des circuits commerciaux de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit ou, à moins que cela ne soit contraire aux prescriptions constitutionnelles existantes, détruites. Elles seront aussi habilitées à ordonner que des matériaux et instruments ayant principalement servi à la création ou à la fabrication des marchandises en cause soient, sans dédommagement d'aucune sorte, écartés des circuits commerciaux de manière à réduire au minimum les risques de nouvelles atteintes* ». Cet article fait en effet écho à l'article 44.1 dudit Accord qui prévoit quant à lui la possibilité de

⁷⁸² Beatrice Foods Co. vs New England Printing and Lithographing Co., [1991], 17 USPQ2d 1553.

⁷⁸³ A. BEEVER, « The Structure of Aggravated and Exemplary Damages », 23 Oxford Journal of Legal Studies, 2003, p. 87.

⁷⁸⁴ Le cinquième amendement proscriit la double incrimination et le quatorzième amendement prévoit l'obligation de procédure équitable.

⁷⁸⁵ Cf. n°277.

prendre les mesures préventives nécessaires afin d'empêcher l'introduction dans les circuits commerciaux des marchandises contrefaisantes.

L'article 46 a fait l'objet d'une interprétation de l'ORD en ce qui concerne les mesures prises par la Chine après confiscation des marchandises. Les Etats-Unis contestaient le système chinois de don des marchandises contrefaisantes confisquées à des organismes humanitaires, au motif que ce don ne permettait pas le retrait desdites marchandises du circuit commercial. Cependant le groupe spécial a relevé que « *l'obligation voulant que les autorités compétentes soient habilitées à rendre certaines ordonnances n'est pas une obligation voulant que les autorités compétentes exercent ce pouvoir d'une manière particulière, sauf indication contraire* »⁷⁸⁶. Considérant alors que le don à une organisation humanitaire permettait de s'assurer de l'absence de réutilisation commerciale des marchandises litigieuses, et qu'aucune preuve ne permettait de croire que lesdites marchandises étaient dangereuses ou défectueuses, le groupe spécial a ainsi considéré que cet arrangement, pris « *de manière à éviter de causer un préjudice au détenteur du droit* »⁷⁸⁷, correspondait à la nature des mesures de sauvegarde énoncées dans l'Accord sur les ADPIC.

II – Les procédures pénales

266. Le cadre juridique international. Si les mesures pénales ont souvent été considérées comme un élément essentiel de la lutte contre la contrefaçon, leur portée exacte a été l'objet de nombreux débats au sein des fora internationaux⁷⁸⁸ qui ont abouti à la rédaction actuelle de l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC selon lequel : « *les Membres prévoiront des procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce ou de piratage portant atteinte à un droit d'auteur, commis à une échelle commerciale. Les sanctions incluront l'emprisonnement et/ou des amendes suffisantes pour être dissuasives, et seront en rapport avec le niveau des peines appliquées pour des délits de gravité correspondante. Dans les cas appropriés, les sanctions possibles incluront également la saisie, la confiscation et la destruction des marchandises en cause et de tous matériaux et instruments ayant principalement servi à commettre le délit. Les*

⁷⁸⁶ OMC, « Chine – Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter », WT/DS362/R, 26 janvier 2009, §7.255.

⁷⁸⁷ Idem, §7.304.

⁷⁸⁸ D. GERVAIS, « L'accord sur les ADPIC », op. cit., p. 461.

Membres pourront prévoir des procédures pénales et des peines applicables aux autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle, en particulier lorsqu'ils sont commis délibérément et à une échelle commerciale ».

Le groupe spécial de l'OMC a pu interpréter cet article dans une affaire opposant la Chine aux Etats-Unis concernant les mesures mises en œuvre par la Chine pour faire respecter les droits de propriété intellectuelle. Le groupe spécial a ainsi pu établir que si l'emploi du verbe « prévoir » crée une obligation envers les Etats-membres de l'OMC, cette obligation connaît des limites. Celle qui nous intéresse est le fait qu'elle ne s'applique qu'aux marques et droits d'auteur et non à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. Dès lors le groupe spécial a clairement établi que les sanctions pénales n'étaient pas obligatoires en matière de droit des brevets : *« Dans la première phrase de l'article, l'utilisation du futur de l'indicatif "prévoiront" indique qu'il s'agit d'une obligation. Par contre, dans la quatrième phrase, qui traite de la même question mais s'agissant des autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle, l'emploi des mots "pourront prévoir" indique qu'il s'agit d'une possibilité. À la différence de la troisième phrase, la première phrase ne contient aucune expression équivalant à "dans les cas appropriés", qui pourrait introduire expressément une certaine marge d'appréciation »*⁷⁸⁹. Ainsi, *« la quatrième phrase de l'article 61 donne aux Membres la possibilité de criminaliser d'autres actes portant atteinte à des droits de propriété intellectuelle, en particulier lorsqu'ils sont commis délibérément et à une échelle commerciale. Mais en dépit de la gravité potentielle de ces violations, l'article 61 ne crée aucune obligation de les criminaliser »*⁷⁹⁰.

Cette disposition se différencie des sections 2 et 3 de la partie III de l'Accord sur les ADPIC en ce que ces derniers obligent les Etats-membres à prévoir des mesures correctives pour tout type de droit de propriété intellectuelle, et fonde dès lors une distinction fondamentale entre les procédures civiles et pénales liées à la contrefaçon.

267. Débats. Différents arguments politiques ont été avancés pour ne pas pénaliser les atteintes aux droits des brevets. D'une part, la sanction pénale ne convient pas forcément au

⁷⁸⁹ OMC, « Chine – Mesures affectant la protection des droits de propriété intellectuelle et les moyens de les faire respecter », WT/DS362/R, 26 janvier 2009, p. 117.

⁷⁹⁰ Idem, p. 120.

brevet dès lors que l'annulation du brevet est le moyen de défense le plus répandu dans les actions en contrefaçon et qu'un pourcentage important de brevets sont annulés pendant les procédures judiciaires les concernant⁷⁹¹. Ainsi, le *Chartered Institute of Patent Agents* a pu observer que « *bien que les brevets fassent l'objet d'un examen complet, il est fréquent dans une procédure en violation de brevet [...] que la portée de la protection du brevet ou le fait que le brevet protège un produit ou un processus soient particulièrement contesté* ». Ainsi, à la différence des marques et des droits d'auteur dont l'opposabilité est relativement simple à vérifier, les difficultés liées aux incertitudes entourant la portée du brevet créent un risque juridique trop grand pour tout concurrent souhaitant mener des activités entrant dans un champ d'application incertain. Ce risque est d'autant plus grand que certains pays qui disposent d'une procédure pénale contre la contrefaçon, à l'instar de la France, ne connaissent aucune procédure d'opposition permettant aux tiers de vérifier, dès le dépôt de la demande de brevet, de connaître la portée réelle de ce dernier. La crainte de sanction pénale « *pourrait ralentir le développement de nouvelles technologies, notamment dans des secteurs présentant un intérêt public notable, comme par exemple la santé publique* »⁷⁹².

D'autre part, il a été relevé que les juridictions saisies ne possèdent pas les compétences requises pour examiner les questions relatives aux brevets⁷⁹³, ce qui justifie en partie l'absence d'engouement des demandeurs pour ces procédures. L'exemple de la France est particulièrement flagrant depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2011 concernant la compétence d'attribution des juridictions françaises, selon laquelle les actions civiles relèvent du Tribunal de Grande Instance de Paris, étant donné la complexité des actions relatives aux brevets, alors que les actions pénales continuent de relever des juridictions ordinaires, peu importe cette complexité⁷⁹⁴.

⁷⁹¹ OMPI, « l'application des droits de propriété intellectuelle au moyen de sanctions pénales », WIPO/ACE/4/3, 7 septembre 2007, p. 17.

⁷⁹² OMPI, « éléments de flexibilité relatifs aux brevets dans le cadre juridique multilatéral et leur mise en œuvre législative aux niveaux national et régional – quatrième partie », CDIP/15/6, 9 mars 2015, p. 6.

⁷⁹³ OMPI, « l'application des droits de propriété intellectuelle au moyen de sanctions pénales », op. cit., p. 17.

⁷⁹⁴ Article L.615-17 du Code français de la propriété intellectuelle : « *les actions civiles (...) relatives aux brevets d'invention (...) sont exclusivement portées devant les tribunaux de grande instance déterminés par voie réglementaire (...)* ».

268. Une sanction pénale facultative. Les Etats-membres de l'OMC n'ayant aucune obligation internationale de prévoir des sanctions pénales en cas de contrefaçon, nous remarquons une certaine disparité des législations en la matière.

A l'exception de l'Accord de Bangui, il n'existe aucun exemple d'harmonisation internationale en matière de procédure pénale. Malgré la reconnaissance par la Commission Européenne de l'intérêt d'une harmonisation en raison de difficultés découlant de crimes transnationaux⁷⁹⁵, l'Union Européenne a clos le débat en excluant les brevets de l'application de la directive IPRED2⁷⁹⁶. Ce défaut d'harmonisation met alors en exergue 9 pays européens sur 28 n'ayant pas instauré de sanctions pénales : Bulgarie, Chypre, Grèce, Estonie, Irlande, Lettonie, Luxembourg, Malte et Royaume-Uni. Le même modèle se retrouve également chez les membres de la Communauté andine. L'OAPI est le seul exemple de tentative d'harmonisation régionale puisque l'article de l'annexe I de l'Accord de Bangui prévoit que *« sous réserve des dispositions des articles 8 et 46 à 56, toute atteinte portée aux droits du breveté, soit par l'emploi de moyens faisant l'objet de son brevet, soit par le recel, soit par la vente ou l'exposition en vente ou soit par l'introduction sur le territoire national de l'un des États membres, d'un ou plusieurs objets, constitue le délit de contrefaçon. Ce délit est puni d'une amende 1.000.000 à 3.000.000 francs CFA sans préjudice des réparations civiles »*. L'étude des lois nationales n'est cependant pas si prometteuse dès lors que trop de différences continuent de subsister entre les législations des Etats-membres : sur les 17 pays membres de l'organisation, 6 ne disposent d'aucune législation en matière de délit pénal de contrefaçon, 7 n'ont publié aucune information à ce sujet. Quant aux quatre pays restant – la République démocratique du Congo⁷⁹⁷, la Guinée Bissau⁷⁹⁸, la Guinée Equatoriale⁷⁹⁹ et les Comores⁸⁰⁰ – aucune comparaison n'est possible étant donné les trop grandes différences de sanctions.

⁷⁹⁵ Commission Européenne, « Study on a possible modified proposal on criminal measures aimed at ensuring the enforcement of intellectual property rights », JLS/2009/A1/FWC/023, 2009.

⁷⁹⁶ L. PEETS, « Criminal Sanctions Remain Complex », Copyright World Issue n°173, 2009, p. 14.

⁷⁹⁷ L'article 88 de la loi congolaise de 1982 sanctionne le délit de contrefaçon à plus d'un à six mois d'emprisonnement.

⁷⁹⁸ L'article 41 du Code guinéen de la propriété intellectuelle sanctionne le délit de contrefaçon à plus d'un an d'emprisonnement.

⁷⁹⁹ L'article 534 de la loi guinéenne de 1980 sanctionne le délit de contrefaçon d'une amende de 10.000 à 100.000 pesetas.

⁸⁰⁰ Article 40 à 44 de la loi comorienne de 1844 sanctionne le délit de contrefaçon de 1 à 6 mois d'emprisonnement et 12.000 à 240.000 francs d'amende.

La plus grande fracture s'opère cependant entre les pays de tradition romano-germanique et les pays du Commonwealth, ce qui nous permet de dire que l'action de la *Common Law* est définitivement une action civile. Cependant certaines caractéristiques du délit pénal se retrouvent dans les législations de tradition anglo-saxonne, sous couvert de l'action civile. Ainsi, alors qu'en France, l'élément psychologique distingue l'action civile de l'action pénale, l'intention dolosive aura également une importance dans d'autres pays du Commonwealth. Aux Etats-Unis⁸⁰¹, le caractère intentionnel fonde la réparation pour préjudice moral⁸⁰². De même, au Royaume-Uni, la faute non-intentionnelle permet de moduler le montant des dommages et intérêts alloués à la victime⁸⁰³.

269. L'acte de contrefaçon. En conformité au principe internationalement reconnu de légalité des délits et des peines, les pays prévoyant un délit pénal de contrefaçon ont été obligés de le définir. L'élément matériel ne présente aucune originalité par rapport à la définition des droits d'exploitation du brevet et consiste en un acte d'exploitation⁸⁰⁴ de l'invention sans le consentement du titulaire du brevet⁸⁰⁵.

Par contre l'élément psychologique ne se définit pas de la même manière en fonction des législations. S'il est presque toujours expressément défini selon différentes expressions comme « *en connaissance de cause* »⁸⁰⁶, « *de manière intentionnelle* »⁸⁰⁷ ou « *délibérée* »⁸⁰⁸, nous notons un élargissement au sein de certaines législations au comportement gravement négligent. Telle est le cas par exemple en Suède où l'article 57 de la loi de 2011 prévoit bien

⁸⁰¹ Dowling vs États-Unis, [1985] 473 US 207.

⁸⁰² Le comité consultative de l'application des droits de l'OMPI considère alors que les Etats-Unis « *l'atteinte délibérée est "pénalisée" au civil par le doublement ou le triplement des dommages-intérêts et des ordonnances de paiement des honoraires d'avocat, mais non au moyen de sanctions pénale* » : OMPI, l'application des droits de propriété intellectuelle au moyen de sanctions pénal, op. cit., p. 17.

⁸⁰³ H.-A. BORLAND, « The affirmative Duty to exercise due care in willful patent infringement cases : we still want it », Houston Business and Tax Law Journal, 2005, p. 175.

⁸⁰⁴ Une définition du comportement par l'établissement d'une liste des actes portant atteinte au droit des brevets se retrouve dans les législations de nombreux pays. A titre d'exemple : article 68 de la loi angolaise de 1992, article 183 de la loi brésilienne de 1996, article 97 de la loi croate de 2003, article 32 de la loi égyptienne de 2002, article 613-3 du Code français de la propriété intellectuelle, ou encore l'article 206 de la loi guatémaltèque de 2000.

⁸⁰⁵ Nous pouvons noter l'originalité de la loi argentine qui ne nomme pas le délit de contrefaçon mais d'escroquerie aux droits de l'inventeur (defraudacion de los derechos del inventor) : article 75 de la loi argentine de 1995.

⁸⁰⁶ A titre d'exemple : section 51 de la loi libérienne de 2003.

⁸⁰⁷ A titre d'exemple : article 63(1) de la loi bélizienne de 2000.

⁸⁰⁸ A titre d'exemple : article 88 de la loi congolaise de 1982.

la situation où « *l'acte a été commis avec une négligence grave* »⁸⁰⁹. De même, Au Danemark, la grave négligence se distingue de l'intention en ce qu'elle ne permet qu'une condamnation pécuniaire⁸¹⁰.

270. Sanctions. Si les sanctions pénales prévues par les pays disposant d'une procédure pénale ne sont pas nouvelles dans leur nature, leur quantum diffère considérablement d'un pays à un autre. Les sanctions principales sont généralement de nature pécuniaire. Il peut être étonnant de noter que, sur la totalité des pays étudiés, les quanta extrêmes proviennent de pays disposant d'une législation pourtant presque identique : alors que l'article 8§1 de la loi belge permet une condamnation à la somme plus que modeste de 100 euros⁸¹¹, l'article L.615-14 du Code de la propriété intellectuelle français dispose de la condamnation pécuniaire la plus sévère avec un montant de 300.000 euros⁸¹². De même, en Arménie, au Monténégro et en Russie, le montant de l'amende n'est pas fixé forfaitairement par la loi mais se calcule en fonction du salaire mensuel minimum autorisé dans le pays du contrefacteur⁸¹³.

Le second type de sanctions principales est alors la peine privative de liberté, sous forme d'emprisonnement de travail obligatoire⁸¹⁴. Sa durée est également très variable d'un pays à un autre, pouvant aller d'un mois⁸¹⁵ à 12 ans⁸¹⁶.

⁸⁰⁹ De même schéma se retrouve dans l'article 261 de la loi Rwandaise de 2009 selon lequel : « *Any infringement of copyrights or related rights protected under this Law, committed willfully or by gross negligence, by any third person for profit making purposes and without owner's right consent shall constitute an act of forgery* ».

⁸¹⁰ Article 70 de la loi danoise de 2012.

⁸¹¹ Article 8§1 de la loi belge de 2007 : « *Est puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 100 à 100.000 euros ou de l'une de ces peines seulement, celui qui, dans la vie des affaires, porte atteinte avec une intention méchante ou frauduleuse aux droits du titulaire d'une marque de produit ou de service, d'un brevet d'invention, d'un certificat complémentaire de protection...* ».

⁸¹² Article L.615-14 du Code de la propriété intellectuelle français : « *Sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende les atteintes portées sciemment aux droits du propriétaire d'un brevet, tels que définis aux articles L. 613-3 à L. 613-6* ».

⁸¹³ Article 159 du Code pénal arménien : « *200 à 400 fois le salaire minimum* », article 119 de la loi monténégrine de 2008 : « *de 1 à 10 fois le montant du salaire minimum au Monténégro* », Article 147 du Code pénal russe : « *le montant d'un salaire* ».

⁸¹⁴ Article 147 du Code pénal russe.

⁸¹⁵ Plusieurs Etats, notamment du Golfe, disposent d'une peine de prison relativement faible allant de 3 mois à 6 an. A titre d'exemple, l'article 41 de la loi bahreïnienne de 2006, l'article 183 de la loi brésilienne de 1996, article 319(a) de la loi équatorienne de 2006 ou encore la loi 61(1) de la loi de 2007. La loi congolaise de 1982 prévoit la peine la plus faible entre un et 6 mois de prison. La plupart des pays prévoient cependant une peine pouvant aller de 6 mois à trois ans. A titre d'exemple, article 75 de la loi argentine de 1995.

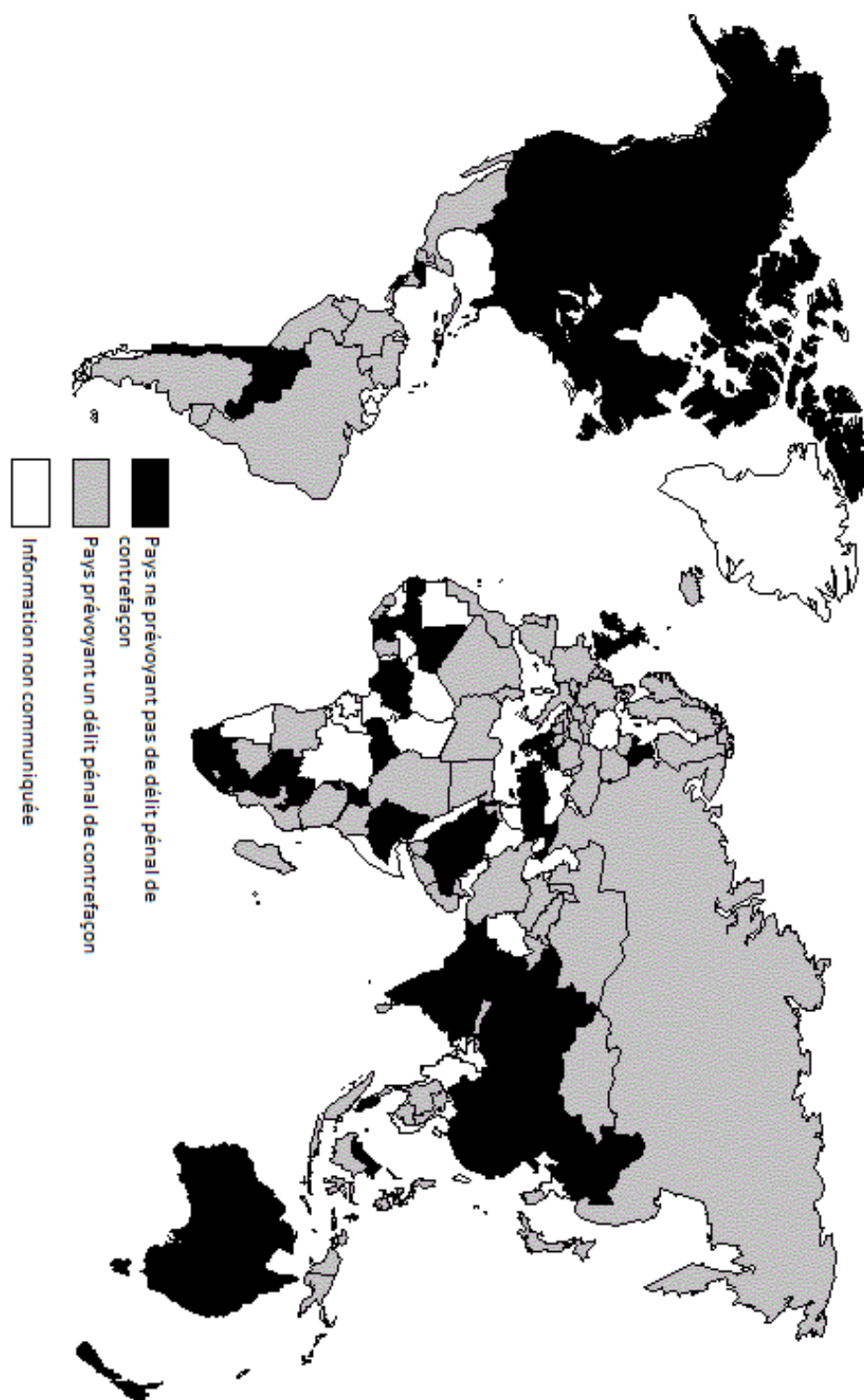
⁸¹⁶ Article 63 de la loi bélizienne de 2005.

D'autres sanctions sont également possibles comme la publication de la décision ou la destruction des produits contrefaisants⁸¹⁷.

Les sanctions pénales peuvent enfin être accrues en fonction de circonstances aggravantes telles que l'infraction commise sur internet par le biais d'un réseau public, la contrefaçon de produits dangereux pour la santé ou la sécurité – les produits pharmaceutiques et automobiles notamment – le récidivisme, l'échelle commerciale ou le statut particulier du contrefaisant qui a commis l'infraction en bande organisée ou alors qu'il était employé par le titulaire du brevet.

⁸¹⁷ Ces dernières sont en effet des sanctions prévues par l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC bien que ce dernier soit facultatif en matière de brevet. A titre d'exemple, article L.615-14-2 du Code de la propriété intellectuelle français : *«Les personnes physiques coupables du délit prévu à l'article L. 615-14 peuvent en outre être condamnées, à leurs frais, à retirer des circuits commerciaux les objets jugés contrefaisants et toute chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction. La juridiction peut ordonner la destruction aux frais du condamné ou la remise à la partie lésée des objets et choses retirés des circuits commerciaux ou confisqués, sans préjudice de tous dommages et intérêts. Elle peut également ordonner, aux frais du condamné, l'affichage du jugement ou la diffusion du jugement prononçant la condamnation, dans les conditions prévues à l'article 131-35 du Code pénal ».*

**CARTE N°3 : PAYS AYANT OU NON INSTAURE UNE PROCEDURE PENALE
CONTRE LA CONTREFACON⁸¹⁸**



⁸¹⁸Ces pays sont énumérés en annexe de l'étude du Comité du développement et de la propriété intellectuelle : OMPI, éléments de flexibilité relatifs aux brevets dans le cadre juridique multilatéral et leur mise en œuvre législative aux niveaux national et régional – quatrième partie, CDIP/15/6, 9 mars 2015

CONCLUSION DU TITRE 2

271. La disparition progressive de la concurrence entre pays développés. Nous avons présenté au sein de ce titre le premier jeu de concurrence existant entre les pays développés membres de l'OMC dans la création du régime international des brevets. L'étude du contenu du droit matériel des brevets montre en effet l'existence de divers éléments de flexibilité qui se justifie par l'exportation parallèle des droits américain et européen à travers le monde. En effet, nous avons constaté que le droit américain présente une certaine souplesse qui lui permet de s'adapter rapidement aux nouvelles technologies mais qui présente l'inconvénient d'être dépendant de la subjectivité des juges et donc des phénomènes de mode. A l'inverse, le droit européen favorise une définition précise du brevet, de ce qu'il représente, et du type de créations protégées, grâce au strict respect des conditions de brevetabilité par les juges, au prix de l'exclusion de certaines innovations résultant d'un investissement substantiel.

Cette concurrence doit cependant être de plus en plus tempérée étant donné les évolutions des droits européen et américain en la matière. La rupture existant entre le droit européen et le droit américain n'est pas inhérente au droit des brevets mais s'explique par la différenciation des régimes anglo-saxons et romano-germaniques en général. Le système américain, fondé sur la loi du précédent, n'envisage pas l'absence de texte comme une lacune. Dès lors, la Loi en général, et le droit des brevets en particulier, ne nécessite pas de critères d'application précis. En revanche, au sein des pays européen, un légicentrisme exacerbé pousse à envisager l'absence de texte comme un vide juridique, et démontre l'importance de légiférer sur toutes les nouvelles questions posées par l'évolution des sciences.

Si cette différence d'approche induit forcément une différence de définition – définition ouverte pour le système américain, et fermée pour le système européen – nous ne devons pas nous attarder sur les notions juridiques en elles-mêmes mais sur les éléments pris en compte dans leur interprétation par les Etats-membres. Ainsi, si nous prenons l'exemple des conditions de brevetabilité, ces dernières se définissent différemment en fonction du système étudié. Cependant, l'étude des méthodes d'appréciation utilisées par la plupart des Etats-membres de l'OMC démontre une certaine convergence.

Enfin, notons la volonté des pays développés de rompre avec ce jeu de concurrence en modifiant leur propre système afin de faciliter le processus d'harmonisation. L'intégration dans le droit américain de la condition de nouveauté absolue par l'adoption de la loi Leahy-Smith en est le parfait exemple. Ces modifications sont cependant ponctuelles et ne peuvent à elles seules pallier les différences fondamentales des systèmes étudiés.

Si la concurrence entre pays développée tend à disparaître, cela ne représente pas pour autant le point d'orgue de l'harmonisation internationale du droit des brevets, puisqu'est apparue, après l'adoption de l'Accord sur les ADPIC, un second jeu de concurrence entre pays développés et pays émergents.

CONCLUSION DE PARTIE : LE BILAN DE L'ACCORD SUR LES ADPIC

272. Un apport symbolique. Le bilan de l'Accord sur les ADPIC est positif car il réside d'abord dans la dimension cognitive (géographique, temporelle et matérielle) d'une association symbolique⁸¹⁹ entre le droit des brevets et le commerce international. Tous les Etats-membres considèrent aujourd'hui que le non-respect des droits de propriété intellectuelle représente une entrave au commerce que l'organisation ne peut tolérer.

L'implication juridique de la formalisation de ce symbole est avant tout substantielle : en matière de brevets, elle se définit par la diffusion à l'échelle des membres de l'organisation des règles en vigueur dans les pays développés dans les années 1990. Ces règles sont tout d'abord d'ordre procédural. L'idée même de l'Accord sur les ADPIC était de mettre en place « *une action efficace contre tout acte qui porterait atteinte aux droits de propriété intellectuelle* »⁸²⁰. Cela rejoint en effet la volonté initiale des pays européens et du Japon qui souhaitaient plus développer les règles de procédure de l'action en contrefaçon au plan international que créer des règles de droit matériel pour la plupart déjà acquise via des conventions antérieures. Toutefois, des règles de droit matériel apparaissent nécessairement au soutien de l'action en contrefaçon et mettent l'accent sur le paradoxe lié à l'évolution permanente du droit des pays développés. Ainsi, rappelons qu'en 2004 l'Union Européenne a redéfini la brevetabilité du vivant sans que cette réforme n'ait influencé l'interprétation de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC.

273. Le développement du contre-régime. L'obsolescence de l'Accord sur les ADPIC sur certaines questions de droit en permanente évolution est à l'origine des failles actuelles de l'OMC, que les pays émergents utilisent afin de rétablir un équilibre dans la satisfaction de leurs intérêts propres face à ceux des pays développés. Cela a abouti à l'apparition de normes

⁸¹⁹ C. MAY, « The global political economy of intellectual property rights :the new enclosures ? », Routhledge, 2000, p.43 : « *TRIPs agreement represents the triumph of the knowledge structure's agenda of metaphorical links between knowledge and property* » ; D-G. RICHARDS, « Intellectual Property Rights and global capitalism : the political economy of the TRIPs agreement », M.E. Sharpe, 2004, p.132 : « *The incorporation of TRIPs into the formal institutional multilateral trading system GATT/WTO, operates to lend the IPR agreement a mantle of moral authority and historical necessity* » ; K. BURCH, « Intellectual Property Rights and the culture of global liberalism », Science Communication, 1995, vol.17, pp.214-232 : « *TRIPs extends an essentially liberal conception of social life as relations organized and understood by reference to exclusive property rights* »

⁸²⁰ Article 41 de l'Accord sur les ADPIC. Sur ce point : J. REICHMAN et D. LANGE, « *Bargaining around the TRIPs Agreement : the case for ongoing Public-Private initiatives to facilitate worldwide Intellectual Property transactions* », Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 9, 1999, p.34.

internationales de contre-régime aussi bien au sein de l'OMC que des organisations onusiennes comme le CNUCED ou l'OMPI.

Les pays émergents utilisent alors la même stratégie de *shifting forum*, qu'avaient prôné les Etats-Unis pour la création de l'OMC, en réorientant le régime international des brevets établis sur des questions de développement de la compétence des Nations-Unies. L'une des premières organisations qui a pris en compte les revendications des pays émergents fut la Conférence des Parties à la Convention de Rio sur la diversité biologique, où dès 1998 ses Etats-membres ont insisté sur « *la nécessité de veiller à la cohérence de l'application de la Convention sur la diversité biologique et de l'Accord sur les ADPIC* » et ont invité « *l'Organisation Mondiale du Commerce à réfléchir à la manière de réaliser ces objectifs* »⁸²¹. L'esprit de cette convention se retrouve dans d'autres textes internationaux comme le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture qui prévoit pour des laboratoires de recherche un accès facilité aux ressources génétiques sous réserve que « *les bénéficiaires ne peuvent revendiquer aucun droit de propriété intellectuelle ou autre droit limitant l'accès facilité aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture ou à leurs parties ou composantes génétiques, sous la forme reçue du système multilatéral* »⁸²².

L'OMS s'est également intéressée au droit des brevets sur la question de l'accès aux médicaments essentiels, avec la création en mai 2003 d'une commission sur les droits de propriété intellectuelle l'innovation et la santé publique dont les études ont montré les critiques systématiques envers l'exportation forcée du droit des pays développés dans l'ordre juridique des pays émergents⁸²³.

Enfin, l'OMPI, menacée par les négociations sur la propriété intellectuelle au sein de l'OMC⁸²⁴, a réagi en multipliant les plans d'action sur le développement international. En 2004, le Brésil et l'Argentine, appuyé par le groupes des amis du développement, ont proposé à l'Assemblée Générale la révision de la Convention instituant l'OMPI afin d'y intégrer un programme de transfert de technologie et la création d'un organe régulateur dans ce

⁸²¹ Décision IV/15.

⁸²² Article 12-3(d).

⁸²³ CIPIH Studies Summary, <http://www.who.int/intellectualproperty/Studies/StudiesSummaries.pdf> (consulté le 1er juillet 2016).

⁸²⁴ S.-F. MUSUNGU et G. DUTFIELD, « Multilateral Agreement and TRIPs-Plus World : the World Intellectual Property Organisation », Quarter United Nations Office, 2003, p. 11.

domaine⁸²⁵. Sans pour autant avoir été adoptée dans son ensemble, cette proposition continue de faire débat, l'Assemblée ayant adopté une position favorable à un tel plan d'action⁸²⁶.

La mise à l'index de l'OMC par les autres organisations internationales et la possibilité de révision prévue à l'article 71 de l'Accord ont conduit à transgresser l'esprit de la convention qui était d'envisager des amendements pour une « *adaptation des niveaux plus élevés de protection des droits de propriété intellectuelle* »⁸²⁷. La contestation croissante du régime général suite à la Conférence de Seattle de 1999 a abouti à un changement de dynamique dont la Déclaration de Doha en est encore aujourd'hui le fer-de-lance.

Organisations	Plans d'action sur les questions de propriété intellectuelle
Conférence des Parties à la Convention de Rio (CDB)	Veille à la cohérence de l'application de la Convention sur la Diversité Biologique et l'Accord sur les ADPIC
Organisation Mondiale de la Santé (OMS)	- Publie des rapports sur l'incidence de l'activité de l'Organisation Mondiale du Commerce et des firmes pharmaceutiques sur l'accès aux médicaments. - Assiste les pays émergents par des recommandations sur l'octroi de licences obligatoires et les exportations parallèles
Conférence des Nations-Unies sur le Commerce Et le Développement (CNUCED)	Met en place un programme de recherche dont les objectifs sont d'identifier les implications de l'Accord sur les ADPIC sur le développement et de renforcer les capacités d'analyse des pays émergents
Programme des Nations-Unies pour le développement (PNUD)	- Met en index systématiquement les programmes établis par l'Organisation Mondiale du Commerce dans ces rapports annuels sur le développement humain - Recommande la révision de l'Accord sur les ADPIC
Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)	- Régit la plupart des traités internationaux sur la propriété intellectuelle. - Présente à la table des négociations un projet de traité sur le droit matériel des brevets

TABLEAU N°7 : LISTE DES CONTRE-REGIMES ETABLIS EN DEHORS DE L'OMC

⁸²⁵ Rapport WO/GA/31/11.

⁸²⁶ Rapport WO/GA/31/15.

⁸²⁷ Article 72-2 de l'Accord sur les ADPIC.

PARTIE 2 : LE DECLIN DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES, UNE DESHARMONISATION INTERETATIQUE

274. Une phase de « désharmonisation ». Le développement des organisations internationales a modifié les méthodes traditionnelles de négociations, incitant les Etats-membres à faire des choix plutôt que des compromis. Ce changement de nature n'est pas lié aux différences de perception de la propriété intellectuelle par les Etats-membres mais au nombre imposant d'Etats-membres en jeu dans les négociations. L'émancipation économique et juridique de certains pays, et leur union sous différents groupes de négociation a modifié la dynamique des négociations sur la scène internationale. L'amplification de la concurrence sur le marché de l'harmonisation et le blocage des négociations, portant sur un droit trop souvent critiqué comme étant inadapté aux sociétés nationales, a montré les faiblesses des organisations internationales et du système de choix qu'elles appliquent.

Le déclin des organisations internationales est causé par leur incapacité à régir les nouveaux objets à prendre en compte dans la protection des inventions, comme la biodiversité et la santé publique. Ces deux objets de protection ont en effet été à l'origine de crises internationales dont l'intérêt porte moins sur l'existence de nouvelles marges de manœuvre, que sur la négociation de leur mise en œuvre au sein d'organisations institutionnalisées centralisatrices, qui a pour conséquence de quitter le cadre de l'harmonisation pour entrer dans un cadre de l'uniformisation. En effet, toucher à la mise en œuvre des marges de manœuvre détruit ces marges de manœuvre.

L'incapacité de l'OMC à encadrer ce paradoxe oblige les Etats à délaisser le multilatéralisme inhérent à l'ordre international, et à diriger les négociations à nouveau dans un ordre interétatique. D'une part, la simplification des échanges en fonction du nombre de pays et de la nature des législations permettent aux Etats de faire des compromis, pour mettre au point un droit commun, adapté et satisfaisant aux deux parties. D'autre part, la mise en commun de pratiques entre un nombre limité de pays partageant les mêmes valeurs politiques économiques et sociales continue de donner un sens à la notion de marges de manœuvre.

La prise en compte des besoins nationaux crée alors une dynamique de « désharmonisation », au travers de traités bilatéraux ou régionaux prévoyant soit des dispositions plus strictes

favorables aux pays industrialisés (Accord ADPIC +) soit des dispositions plus souples, dans le respect des marges nationales de manœuvre, favorables aux pays émergents (Accord ADPIC moins).

275. Plan. D'un point de vue historique, la phase de désharmonisation a pour origine le débat sur l'accès aux médicaments puis celui sur la protection de la biodiversité avant de s'étendre à tout domaine touchant à la propriété intellectuelle. Le premier titre porte donc sur les difficultés d'incorporer les nouveaux objets de protection au sein de la propriété intellectuelle. Nous y démontrons que l'accès à la santé et la biodiversité ont été la source du mouvement contestataire (titre 1). Le second titre s'élargit alors à la question plus générale de l'adaptation du droit des brevets aux sociétés nationales. Nous y démontrons qu'au-delà des questions précitées, l'existence de différences politiques, économiques et sociales empêche également l'harmonisation internationale du droit des brevets. Nous en concluons donc que la négociation portant sur la mise en œuvre des marges nationales de manœuvre accordées par l'Accord sur les ADPIC ne peut être effectuée que dans le cadre bilatéral ou régional (titre 2).

TITRE 1 : LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES DEPASSEES PAR LES NOUVEAUX OBJETS DE PROTECTION

276. Le fondement nécessairement universel de la contestation. Le changement de dynamique dans la négociation au sein des fora internationaux a abouti au renforcement du discours contestataire selon lequel l'Accord sur les ADPIC doit être plus flexible afin de développer les transferts de technologie en faveur des pays émergents. Cependant, comme l'énonce Jean-Frédéric MORIN : « [les pays industrialisés] *ne purent légitimer l'exportation de leur droit simplement par leurs stricts intérêts commerciaux. Ils durent appuyer leur politique sur des principes soi-disant universels. Il en va de même pour les forces contre-hégémoniques. Les pays en développement ne peuvent dénoncer l'Accord sur les ADPIC, auquel ils ont par ailleurs consenti en échange d'avantages commerciaux, en faisant référence à leurs besoins en transfert technologique. La contestation du régime doit elle aussi se fonder sur des principes soi-disant universels* »⁸²⁸. Parmi ces principes universels, nous pouvons retrouver les notions humanitaires de droit à la santé ou de protection de l'environnement.

277. Des objets en dehors des compétences de l'OMC. L'intégration de la logique humanitaire dans le système constitutionnel de l'OMC ne s'est pourtant pas faite sans difficulté, étant donné le principe de spécialité encadrant les fonctions de l'organisation : l'exclusion des droits de l'homme – et a fortiori du droit à la santé et du droit de l'environnement – prend sa source dans la nature même de l'OMC, cantonnée à la sphère commerciale. Cependant, la mondialisation des échanges ayant mécaniquement des conséquences sur les droits de l'homme de la seconde génération, « *ce cloisonnement conceptuel ne [peut] pas résister à l'épreuve des faits* »⁸²⁹. Le droit des brevets en est un très bon exemple : la protection de la valeur marchande, matérialisée par le brevet, peut devenir

⁸²⁸ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets », Larcier, 2007, p. 150.

⁸²⁹ D. DELCOURT, « Recherches sur l'évolution du droit international des brevets de médicaments : vers l'insertion du modèle européen de droit pharmaceutique dans le système commercial multilatéral », Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2010, p. 139.

l'obstacle d'un objectif humanitaire lorsque l'objet protégé est un élément essentiel à sa réalisation, tel que le médicament pour la protection de la santé publique.

278. Plan. La conférence de Seattle de 1999 a marqué le premier point de rupture dans le processus d'harmonisation internationale du droit des brevets, contraignant l'OMC à accorder une plus grande place à ces objets sociétaux. Les pays émergents ont en effet clairement exprimé qu'ils bloqueraient le lancement d'un nouveau cycle de négociation, alors souhaité par les Etats-Unis⁸³⁰, si aucun effort n'était fait pour orienter davantage le débat vers leurs objectifs de développement. Réaffirmant leur détermination à bloquer tout processus de négociation, les pays émergents ont emporté une première victoire au travers de la déclaration de Doha de 2001. Quatre nouveaux objets de débats ont alors été mis à l'ordre du jour. A côté des négociations sur les indications géographiques et de la mise en œuvre de l'Accord qui n'entrent pas directement dans le champ d'application du droit des brevets, ont été déterminants la déclaration distincte sur les ADPIC et la santé (chapitre 1), et les travaux visant à préciser la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique (chapitre 2).

⁸³⁰ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets op. cit. p. 196 : « Les Etats-Unis, qui avaient obtenu du Congrès l'autorité en matière de promotion commerciale en août 2001 et qui souhaitait afficher son leadership multilatéral après les attentats terroristes de septembre 2001, étaient résolus à lancer un nouveau cycle de négociation ». De même, I. DESTLER, « American trade Politics », Institute for International Economics of New York, 2005, p. 280.

Chapitre premier

La crise diplomatique sur la santé publique.

279. La gestion de crise. Comme nous l'avons étudié au premier chapitre de cette thèse⁸³¹, les fora internationaux, et plus particulièrement l'OMC, ont l'effet d'une caisse de résonance qui, comme un condensateur, accumule l'énergie produite par l'excitation sociale jusqu'à un point de rupture caractérisé par le blocage quasi-systématique des négociations. Cette théorie trouve en effet sa mise en pratique dans la Conférence de Seattle de 1999 durant laquelle les pays émergents ont affirmé vouloir bloquer tout nouveau cycle de négociation tant que certaines questions, dont celle sur l'accès aux médicaments, n'ont pas été résolues.

280. Historique. La question de la santé publique et de l'accès aux médicaments a toujours été présente dans les débats au sein des fora internationaux dès lors que, durant la négociation de l'Accord sur les ADPIC, de nombreux pays se sont opposés à ce que soit imposée la brevetabilité des produits pharmaceutiques. Ces derniers se sont alors vus obligés de modifier leur législation interne dans un délai de dix ans durant lequel un système de boîte aux lettres a permis d'accueillir les demandes déposées avant la promulgation de la loi nouvelle.

Face à la contestation des pays émergents de plus en plus aptes à appréhender les effets de la protection des produits pharmaceutiques sur leur économie, la question de l'accès aux médicaments a été traitée lors de la Conférence de Doha de 2001, qui, d'une part a prorogé l'échéance pour le renforcement des régimes de protection des brevets pharmaceutiques jusqu'au 1^{er} janvier 2033, et d'autre part a ouvert le débat sur les options de licences obligatoires pour les pays n'ayant pas ou peu de capacité de production dans le secteur pharmaceutique.

Lors de la Conférence ministérielle de Sidney en 2002, le Président du Conseil a présenté un projet de décision du Conseil général sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha, désignée comme la solution « moratoire plus amendement », dont l'ébauche a été rejetée par les Etats-Unis, déclenchant alors une nouvelle rupture des pourparlers et un

⁸³¹ Cf. n°32 et s.

moratoire sur le règlement des différends pour permettre l'importation de médicaments essentiels en cas de crise sanitaire. Le compromis a alors été trouvé le 30 août 2003 dans une déclaration rédigée par le Président Perez MOTTA proposant une solution provisoire dispensant les membres de l'application de l'article 31.f) de l'Accord sur les ADPIC. Cette solution doit être transposée en un article 31bis par le Protocole de 2005 qui n'est alors toujours entré en vigueur.

281. La méthode de gestion de crise. Le présent chapitre a donc pour objet d'étudier le point de rupture né des débats sur la santé publique autour d'une nouvelle approche qui, au lieu de confronter les intérêts spécifiques de chaque Etat-membre des fora internationaux, s'attarde sur l'adaptation des solutions proposées aux caractéristiques de la crise internationale sur la santé publique. Cette approche a en effet pour objectif de démontrer qu'au-delà des besoins internes de chacun des membres, nécessairement hiérarchisés dans la recherche d'un consensus, doivent être pris en compte les paramètres qui définissent l'amplitude de la crise.

Ainsi, appliquant la méthode de gestion de crise que nous avons définie précédemment, nous affirmons qu'en égard à l'ampleur de la crise (section 1), la solution proposée par la Décision de 2003 et le Protocole de 2005 présente des caractères favorables à sa résolution (section 2).

Section 1 – Les difficultés d'application du droit des brevets en cas de crise sanitaire

282. Plan. Afin de mieux saisir l'amplitude de la crise qui a déclenché la rupture des négociations lors de la Conférence de Seattle et qui a orienté les débats lors de la Conférence de Doha, nous définirons en premier lieu la source même de la crise (I), avant d'étudier l'impact des éléments excitatifs sur son fonctionnement (II)

I – Source de la crise

283. La mise en avant des licences obligatoires. Lors de la Conférence de Doha fut mis en cause le manque de flexibilité de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, qui ne pouvait alors être mis en œuvre par les pays dépourvus de capacité de production dans le secteur

pharmaceutique, ces derniers présentant des besoins conséquents dans le domaine de la santé publique. Bien que l'article 31 énonce des dispositions générales applicables à toutes les exceptions au droit accordé par le brevet, le focus fut immédiatement porté sur la plus grande flexibilité qu'il fallait apporter aux licences obligatoires. Si ces dernières se présentent en effet comme l'une des principales voies d'action en cas de crise sanitaire (A), l'impossibilité d'exporter les produits visés vers les pays dépourvus d'industrie pharmaceutique est considérée comme un frein excessif aux politiques d'accès aux médicaments (B).

A – L'octroi des licences obligatoires

284. Rappel. Les licences obligatoires ont une importance particulière pour les pays émergents afin d'assurer l'accès aux médicaments à des prix abordables et se présentent alors comme un moyen efficace de concilier le droit au brevet et la protection de la santé publique.

Comme nous l'avons étudié précédemment⁸³², l'Accord sur les ADPIC ne prévoyant pas textuellement l'existence des licences obligatoires, nous devons nous tourner vers l'article 5A de la Convention de Paris du 20 mars 1883 pour trouver ses premières apparitions conventionnelles : *« chaque pays de l'Union aura la faculté de prendre des mesures législatives prévoyant la concession de licences obligatoires pour prévenir les abus qui pourraient résulter de l'exercice du droit exclusif conféré par le brevet »*. Le recours à la licence est alors soumis à la longue liste des conditions édictées à l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC dont, comme nous l'étudierons, l'alinéa f) selon lequel *« toute utilisation de ce genre sera autorisée principalement pour l'approvisionnement du marché intérieur du Membre qui a autorisé cette utilisation »*.

L'imprécision de l'Accord sur les ADPIC mentionnant toute utilisation du brevet sans consentement du titulaire au-delà des licences obligatoires, s'explique alors par la volonté de l'OMC de laisser suffisamment de flexibilité aux Etats dans la définition et les modalités d'acceptation de ces utilisations : comme l'estime le Professeur Carlos CORREA, *« ce sont les dispositions de la loi nationale et sa bonne administration par des autorités nationales*

⁸³² Cf. n°251.

informées qui décideront de la portée et de l'efficacité du système »⁸³³.

B – Les importations parallèles en cas de capacité insuffisante de production

285. Plan. La Conférence de Doha a amorcé les débats concernant l'octroi de licences obligatoires en vue d'importer les produits pharmaceutiques brevetés sur le territoire d'un Etat ne disposant pas de capacité de production. Ce débat, concernant l'application de l'article 31.f) de l'Accord sur les ADPIC (2), prend son origine dans deux procès surmédiatisés opposant les Etats-Unis à l'Afrique du Sud et au Brésil (1).

1 – Deux différends significatifs

286. L'exemple sud-africain. Les différends sud-africain et brésilien sont les deux symboles communément cités par les partisans qui considèrent que l'Accord sur les ADPIC ne tient pas suffisamment compte des questions de santé publique : l'indignation publique ne porte pas ici sur l'Accord sur les ADPIC mais sur les politiques entreprises par les Etats-Unis et les principaux représentants de l'industrie pharmaceutique américaine, qui ont alors dû réagir dans une position défensive. Le procès de Pretoria a pour origine une discorde entre le lobby pharmaceutique et le *citizen lobby*. En 1998, alors que les firmes pharmaceutiques entreprirent de bloquer l'application d'une loi autorisant la production et l'importation de génériques sur le sol sud-africain lorsque que le titulaire du brevet abuse de ses droits⁸³⁴, le réseau d'organisations non-gouvernementales *Treatment Access Campaign* se coalisa pour avertir la société civile de ces agissements. En réaction, trente-neuf firmes pharmaceutiques intentèrent en 2001 un procès contre le gouvernement sud-africain sur son propre territoire. Cette action fut suivi par le gouvernement américain qui, considérant que la loi sud-africaine ne proposait pas un niveau suffisant de protection, plaça le pays sur sa liste de surveillance et, sous réserve des dispositions du *Special 301*, ordonna des mesures de rétorsions comme la suspension de tarifs préférentiels sur certains produits sud-africains⁸³⁵.

⁸³³ C. CORREA, « Droit de la propriété intellectuelle et licences obligatoires : options pour les pays en développement », Centre Sud, 2002, p. 23.

⁸³⁴ Notamment dans le cadre de la fixation des prix des médicaments.

⁸³⁵ [Http://www.cptech.org/ip/health/sa/stdept-feb51999.html](http://www.cptech.org/ip/health/sa/stdept-feb51999.html) (consulté le 1er juillet 2016).

Le conflit portait alors sur une question de droit public, puisque si, selon plusieurs analystes, la loi sud-africaine était pleinement compatible avec l'Accord sur les ADPIC⁸³⁶, l'argumentation de l'industrie pharmaceutique portait essentiellement sur l'incompatibilité des pouvoirs conférés au Ministre de la santé à la Constitution du pays.

L'indignation publique naissant du débat médiatisé entre la force morale des organisations prônant l'accès à la santé publique et les droits pécuniaires de l'industrie pharmaceutique favorisa un mouvement de relecture de l'Accord sur les ADPIC alors même que ce texte ne fut pas mentionné lors du procès⁸³⁷. Pour empêcher ainsi une remise en cause du système des brevets tel qu'il était prévu par l'Accord, les firmes pharmaceutique préférèrent abandonner leur plainte.

287. L'exemple brésilien. En 2001, l'entreprise Merck s'opposant à l'importation sur le marché brésilien d'un antirétroviral sous sa forme générique alors qu'il possédait un brevet valide sur ce territoire lui permettant de produire une version plus onéreuse de ce médicament, fit pression sur le gouvernement américain pour qu'il convoque l'ORD afin d'arbitrer le litige. Lors de cette affaire, fut remis en cause l'article 68 de la loi brésilienne du 14 mai 1996 selon lequel une licence obligatoire pouvait être octroyée lorsque le produit n'était pas fabriqué sur le territoire brésilien⁸³⁸. L'argumentation des Etats-Unis porta alors sur la discrimination entre produits importés et produits fabriqués sur le territoire national, contraire à l'obligation de non-discrimination prévue au sein de l'Accord sur les ADPIC.

L'action du gouvernement américain souleva encore l'indignation publique. Bien que la loi brésilienne ne précise pas le devenir des brevets de médicaments, l'incitation portée par l'entreprise Merck concernant un brevet de médicaments contre le SIDA rouvrit le débat sur l'accès à la santé publique, relayée par plusieurs journaux comme le combat entre « la riche compagnie pharmaceutique » et « le gouvernement pauvre », empêché de trouver une solution

⁸³⁶J. REIN, « International governance through trade agreements : patent protection for essential medicines », *Journal of international law and business*, vol.21, 2001, p. 400.

⁸³⁷D. ROSENBERG, « Commentary on TRIPS », in *International Intellectual Property Law And Policy*, Juris Publishing, 2002, p. 83.

⁸³⁸L'article 68 énonce : « constitue un motif de licence obligatoire : le défaut d'exploitation industrielle de l'objet breveté sur le territoire du Brésil, la non-fabrication ou la fabrication incomplète du produit, l'utilisation incomplète d'un procédé breveté... ».

à l'épidémie dont souffre sa population⁸³⁹.

La forte médiatisation du procès obligea les Etats-Unis à fléchir sa position et régler le litige par une solution amiable, enregistrée auprès de l'ORD le 5 juillet 2001 : « *Si les États-Unis retiraient la demande d'établissement d'un groupe spécial de l'OMC qu'ils ont présentée à l'encontre du Brésil concernant l'interprétation de l'article 68, le gouvernement brésilien accepterait, au cas où il jugerait nécessaire d'appliquer l'article 68 afin de délivrer une licence obligatoire pour des brevets détenus par des sociétés américaines, d'avoir avec le gouvernement des États-Unis des entretiens préalables sur la question* »⁸⁴⁰.

2 – Le contenu de l'article 31.f

288. L'approvisionnement du marché intérieur. Si les articles 30 et 31 de l'Accord sur les ADPIC permet aux États signataires de porter atteinte au monopole découlant du brevet par l'octroi d'une licence obligatoire, l'affaire de Pretoria nous montre que son efficacité est entravée au paragraphe f de l'article 31 aux termes duquel les licences obligatoires ne peuvent être attribuées que « *principalement pour l'approvisionnement du marché intérieur du Membre qui a autorisé cette utilisation* », interdisant ainsi les importations parallèles : il est alors admis que le terme « principalement » désigne la possibilité d'exporter le produit dans des cas particuliers, comme l'octroi d'une licence pour remédier à une pratique anti-concurrentielle, ou comme une exportation ne constituant pas l'utilisation principale de la licence obligatoire. En 2001, lors du procès de Pretoria, cette règle ne connaissait pas l'exonération convenue en 2003 pour l'exportation de certains produits pharmaceutiques.

Si cette condition ne pose aucun problème pour les pays dont le niveau d'industrialisation dans le domaine pharmaceutique est suffisamment performant pour approvisionner en quantité et qualité suffisante leur marché intérieur en médicaments, elle devient inopportune pour les pays ne disposant pas ou peu de capacités de production. Ces derniers se trouvent majoritairement être des pays en développement.

⁸³⁹T. ROSENBERG, « Look at Brazil », New York Times Magazine, 28 janvier 2001.

⁸⁴⁰ OMC, « Brésil – Mesures affectant la protection conférée par un brevet », WT/DS199/4/GL/454, 19 juillet 2001, p. 2.

289. La réforme de l'article 31.f. Il a alors été reconnu au paragraphe 6 de la Déclaration de Doha que « *les Membres de l'OMC ayant des capacités insuffisantes ou n'en disposant pas dans le secteur pharmaceutique pourraient avoir des difficultés à recourir de manière effective aux licences obligatoires dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC* », et pour surmonter cette difficulté, le Conseil des ADPIC reçut mandat pour trouver une issue avant la fin 2002. Au cours des réunions, cinq propositions furent déposées auprès du secrétariat afin de réaménager l'article 31.f. Nous pouvons les classer selon les trois catégories suivantes :

290. La proposition du groupe africain. Dans la proposition du 24 juin 2002, le groupe africain a suggéré deux solutions alternatives, soit de modifier l'article 31.f) afin de permettre l'octroi de licences obligatoires pour l'exportation de produits brevetés, soit de ne pas l'appliquer auxdites licences. Concernant les pays exportateurs, trois options ont été soulevées : l'article 31.f) serait entièrement révisé, seules quelques-unes des conditions existantes de l'article 31 seraient applicables ; toutes les conditions de l'article 31 seraient applicables à l'exception de l'article 31.f) qui serait supprimé ; toutes les conditions de l'article 31 à l'exception de l'article 31.f) seraient applicables car l'article 31.f ne s'appliquerait à aucune loi, mesure ou réglementation administrative, compris les licences obligatoires, adoptée pour protéger la santé publique et en particulier pour assurer un accès aux produits pharmaceutiques à des prix abordables. Concernant les pays importateurs, les importations seraient autorisées en se fondant soit sur la doctrine de l'épuisement régional ou international des droits de propriété intellectuelle adoptée par le pays, soit sur des licences obligatoires délivrées par d'autres Membres qui exportent certains des produits fabriqués sous licence, soit sur l'importation en provenance de sources autorisées à l'étranger au titre des licences obligatoires qu'ils délivrent⁸⁴¹. Ce type de fondement juridique, qui évite d'établir deux licences distinctes dans les pays importateurs et exportateurs, a pour intérêt d'éviter la question de la double compensation.

291. La proposition des communautés européennes et leurs Etats membres. Cependant, la solution de la double licence – dont la rémunération serait encadrée pour éviter la double

⁸⁴¹OMC, « Proposition relative au paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique : communication conjointe du Groupe Africain de l'OMC », 24 juin 2002, IP/C/W/351.

compensation – est celle prônée par les Etats-Unis et les Communautés Européennes qui considèrent que : *« lorsque le produit pharmaceutique considéré est protégé par un brevet dans le pays d'importation, ce dernier devra délivrer une licence obligatoire pour son importation, respectant aussi de ce fait les prescriptions pertinentes de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC »*⁸⁴². L'exonération de l'article 31.f – et de l'article 31.b selon la proposition des Communautés Européennes⁸⁴³ – ne serait alors pas générale mais s'appliquerait aux licences octroyées par les pays exportateurs.

292. Les propositions du groupe de pays en développement et des Emirats Arabes Unis.

Enfin, le Brésil et les autres pays émergents ont milité en faveur d'une solution fondée sur l'article 30, dans le cadre des exceptions aux droits conférés par le brevet : *« une interprétation faisant autorité de l'article 30 qui reconnaîtrait aux Membres de l'OMC le droit d'autoriser des tiers à fabriquer, vendre et exporter des produits brevetés, liés à la santé publique sans le consentement du détenteur du brevet pour répondre à des besoins de santé publiques dans un autre pays est la solution la plus efficace au problème visé au paragraphe 6 »*⁸⁴⁴. Cette solution, qui ne concerne pas directement l'article 31.f de l'Accord sur les ADPIC, s'explique par le fait que les pays émergents craignent la difficulté de mise en œuvre des solutions proposées : si *« les arrangements partiels ou temporaires tels que des moratoires ou des dérogations, ne constitueraient pas des solutions durables ou prévisibles sur le plan juridique »*⁸⁴⁵, les modifications proposées de l'article 31.f ne règlent pas la question de la dualité des licences dans les pays exportateurs et importateurs, qui présenterait des difficultés sur le plan administratif⁸⁴⁶.

⁸⁴²OMC, « Paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique : communication des Communautés européennes et de leurs Etats membres », 20 juin, 2002, IP/C/W/352, p. 5 ; De même : OMC, « Paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique : deuxième communication des Etats-Unis », 9 juillet 2002, IP/C/W/358.

⁸⁴³OMC, « [...] communication des Communautés européennes et de leurs Etats membres », op. cit. p. 5 : *« Toutefois, si le produit doit être utilisé pour faire face à une situation d'urgence nationale ou à d'autres circonstances d'extrême urgence sur le territoire du Membre importateur, le Membre autorisant la production ne sera pas tenu d'appliquer tout d'abord la condition énoncée à la première phrase de l'article 31.b. Cela ne devrait pas empêcher les deux Membres considérés d'aviser dans les moindres délais le détenteur du droit de l'intention de délivrer une licence ».*

⁸⁴⁴OMC, « Paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique : communication de la mission permanente du Brésil », 24 juin 2002, IP/C/W/355, p. 2.

⁸⁴⁵OMC, « [...] : communication de la mission permanente du Brésil », op. cit. p. 6.

⁸⁴⁶OMC, « [...] : communication de la mission permanente du Brésil », op. cit. p. 7.

II – Les paramètres de la crise

293. Plan. Comme nous l'avons étudié au premier chapitre de cette thèse, une crise se définit aussi bien dans son acception matérielle que formelle. Cette dernière acception nous renvoie donc aux paramètres de la crise que nous avons définis comme le rapport entre les actions excitatives du *citizen lobby* (A), et les arguments dissipatifs du *private lobby* (B).

A – L'action des organisations non gouvernementales

294. Plan. Dans sa thèse de doctorat soutenue en 2012, Rachel POLAUD met en avant quatre types d'actions dont l'effet excitatif a exacerbé la contestation du régime de protection des brevets pharmaceutiques : la campagne sur l'accès aux médicaments essentiels (1), la médiatisation des procès (2), la mobilisation des gouvernements des pays émergents (3) et l'atteinte à la réputation des industries pharmaceutiques (4).

1 – 1999 : La campagne sur l'accès aux médicaments essentiels

295. La récusation du prix des médicaments. La remise du prix Nobel de la paix à MSF en 1999 a considérablement accru l'exposition médiatique de ses mobilisations sur la question de l'accès aux médicaments essentiels. Comme l'énonce son représentant : « *MSF a commencé à voir dans le milieu des années 90 qu'il y avait un problème avec le médicament. Il y avait le prix des médicaments, des médicaments essentiels chers. MSF a essayé d'avoir une action pour alerter les décideurs sur les problèmes-là. Donc a émergé l'idée de lancer une campagne internationale qui serait commune à toutes les sections de MSF, c'est à dire aujourd'hui 19 et dans la préparation de cette campagne, il est apparu que la question du prix du médicament allait devoir se dégrader à cause des accords de l'OMC concernant la propriété intellectuelle* »⁸⁴⁷.

Se basant sur ses expériences de terrain, MSF avance comme argument le lien direct existant entre le prix des médicaments et la difficulté de s'en procurer en quantité suffisante et à long

⁸⁴⁷R. POLAUD, « L'implication des ONG dans les débats des OIG, le cas de l'aménagement des droits de propriété intellectuelle par l'OMC, l'OMS, l'OMPI entre 1996 et 2006 », Thèse de doctorat de l'Université de Grenoble, 2012, p. 117.

terme. Dénonçant le fait que le médicament soit traité comme un produit de consommation dont le prix est fixé en fonction de simples règles de marketing, sans considération de l'intérêt vital qu'il peut revêtir, l'association a ainsi saisi l'occasion de réclamer des garanties dans différents accords internationaux relatifs au commerce, dont l'Accord sur les ADPIC, afin de permettre la fabrication et l'importation de génériques.

La campagne se divisait alors en deux actions :

- étudier les éléments de résistance à l'approvisionnement en médicaments, dont le mécanisme de fixation des prix
- soutenir la production locale de médicaments peu coûteux, ou l'importation de médicaments génériques.

Bien que cette campagne soit encore d'actualité, les organisations internationales ont aujourd'hui abandonné la phase d'expression et de communication au public au profit de l'expertise auprès des autorités compétentes. Ainsi, CPTech se charge d'étudier les dispositions juridiques qui restreignent l'accès aux médicaments, HAI loue ses services auprès de l'OMS pour élaborer une banque de données sur la fixation des prix des médicaments, et MSF négocie directement, en collaboration avec l'OMS, le prix des médicaments avec l'industrie pharmaceutique.

2 – 2001 : L'affaire de Pretoria

296. Point de départ de la mobilisation. L'action en justice exercée par trente-neuf sociétés représentant l'industrie pharmaceutique à l'encontre du gouvernement de l'Afrique du Sud est aujourd'hui considérée comme l'événement révélateur de la prise de conscience de la société civile sur l'importance des applications concrètes du droit de la propriété intellectuelle sur les questions de santé publique. De l'avis de plusieurs organisations non-gouvernementales, ce procès a permis de confirmer l'importance du *citizen lobby* dans l'amélioration de l'accès aux médicaments.

Ainsi, pour CPTech : *« en 2001, l'industrie pharmaceutique a traduit en justice le gouvernement sud-africain dans son propre pays, cela été un grand choc. La société civile*

s'est coalisée, a pris conscience de l'enjeu que pouvaient représenter ces questions. Face à la pression, l'industrie a retiré sa plainte »⁸⁴⁸.

De même, pour Oxfam, « il y a eu le Procès de Pretoria où l'industrie pharmaceutique a poursuivi en justice le gouvernement sud-africain. Ça, c'était se tirer une balle dans les deux pieds. Pour les ONG, ça a été un coup médiatique inespéré [...] Le procès de Pretoria qui nous a fait beaucoup de bien aussi, voyez, un certain nombre d'événements comme ça qui fait que les opinions publiques se sont émues sur ce sujet »⁸⁴⁹.

297. L'impact sur les Organisations internationales. L'un des intérêts de ce procès est de démontrer les conséquences d'une telle action sur les politiques gouvernementales et internationales. Ainsi, les manifestations organisées en Afrique du Sud par les organisations non-gouvernementales, et notamment MSF, n'ont pas eu pour unique influence de convaincre l'industrie pharmaceutique de retirer leur plainte : la pertinence de certains thèmes lancés dans le cadre des campagnes, dont celle nommée « Accès aux médicaments », a été soulevée par les autorités gouvernementales et internationales. Ainsi, la question du prix et du financement des médicaments essentiels a-t-elle été reprise lors de la réunion intergouvernementale des 8-11 avril 2001 à Hosbjör, au cours de laquelle les gouvernements présents et les représentants des organisations internationales ont considéré que la santé publique dans les pays émergents ne pouvait s'améliorer tant qu'aucune mesure ne serait prise pour que les médicaments essentiels soient délivrés à un prix abordable. Cette réunion est concomitante à une mise en agenda relativement précoce de la question de l'accès aux médicaments par l'OMC reconnaissant la légitimité des interrogations des pays émergents, et aboutissant, comme nous le verrons à l'adoption de la Décision du 30 août 2003.

3 – La mobilisation auprès des gouvernements

298. La remise en cause du bilatéralisme américain. Au cours de la Conférence de Seattle de 1999, les États-Unis avaient annoncé vouloir privilégier le bilatéralisme au détriment du multilatéralisme s'ils ne pouvaient obtenir gain de cause. Depuis cette date, nous avons pu

⁸⁴⁸ Idem, p. 116.

⁸⁴⁹ Idem.

dénombrer une quantité importante d'accords commerciaux bilatéraux avec plusieurs pays d'Amérique Centrale et Latine, d'Afrique et d'Asie, comportant des dispositions relatives à la propriété intellectuelle plus strictes que celles énoncées par l'Accord sur les ADPIC⁸⁵⁰. Ces accords ont fait l'objet de nombreuses critiques que la part des organisations non-gouvernementales qui se sont alors employées à alerter la société civile des conséquences de ces accords sur l'approvisionnement en médicaments.

La première méthode de mobilisation des organisations non-gouvernementales a consisté à faire pression sur les négociateurs américains et ceux des autres pays contractants afin que ces accords soient conformes à l'esprit de la Déclaration de Doha. Ainsi, plusieurs actions ont été effectuées en ce sens : 3D envoya systématiquement des courriels d'information aux associations locales afin de mettre en place un système d'alerte et de sensibilisation des populations locales et des autorités parlementaires. De même, en 2003, MSF insista auprès des Ministres du Commerce des pays d'Amérique Centrale et Latine pour qu'ils résistent aux pressions économiques des États-Unis qui souhaitaient leur imposer des règles plus strictes que celles imposées par l'Accord sur les ADPIC⁸⁵¹. La même année, MSF dénonça également l'Accord bilatéral signé avec le Maroc dont les dispositions pouvaient, à terme, entraîner la disparition des industries génériques du pays⁸⁵².

La seconde méthode a consisté à organiser des conférences de presse aux États-Unis, afin d'obtenir des pétitions suffisamment conséquentes adressées au négociateur américain. Par exemple, Robert ZOELLICK reçut deux pétitions en 2004 de la part d'Oxfam et de Health Gap, lui rappelant les engagements pris par les États-Unis lors de la signature de la Déclaration de Doha⁸⁵³.

4 – Les pressions sur les entreprises

299. La réputation des entreprises pharmaceutiques. Si une excellente réputation est essentielle à la performance boursière d'une société pharmaceutique, un récent sondage nous démontre à quelle point elle est fragile : *« seulement 34% des groupes de patients ayant*

⁸⁵⁰Cf. Tableau n°5.

⁸⁵¹MSF, communiqué de presse, 21 novembre 2003.

⁸⁵²MSF, communiqué de presse, 25 novembre 2003.

⁸⁵³Health Gap, pétition, 1^{er} mai 2004.

répondu à une enquête mondiale menée en fin 2012 considèrent que les compagnies multinationales de la pharmacie ont une excellente ou une bonne réputation. Comparée aux 42% enregistré sur les mêmes points de vue en 2011, la baisse enregistrée est de 8% par an »⁸⁵⁴. Or parmi les facteurs expliquant cette baisse figure l'échec des politiques d'accès aux médicaments, notamment dans le Sud de l'Europe. En effet, parce que d'un point de vue commercial, l'utilisateur final du produit pharmaceutique est perçu à la fois comme un consommateur et un patient, les politiques commerciales de l'industrie pharmaceutique se construisent sur des considérations sociales et commerciales interdépendantes nécessitant un équilibre entre l'accès aux médicaments et les règles de consommation et de concurrence. Toute atteinte à la réputation ayant pour objet de rompre cet équilibre entraîne immédiatement une réponse de l'industrie pharmaceutique afin de le rétablir.

300. Exemples. Trois accusations publiques nous ont montré l'efficacité de ce procédé :

- La première concerne l'entreprise Bristol Myers Squibb. Lors d'une campagne de mise en lumière des mécanismes de fixation des prix des médicaments sur les marchés des pays émergents, un groupe d'organisations non-gouvernementales – dont Oxfam, CPTech, MSF et Act-Up – ont démontré que cette société régulait le prix de la didanosine et de la stavudine alors même qu'elle n'avait pas de brevet valide pour leur exploitation sur le continent africain. Cette mise à l'index eut pour conséquence immédiate une baisse des prix des deux antirétroviraux⁸⁵⁵.
- La seconde concerne l'entreprise Glaxo Smith Kline. En février 2001, cette société fut accusée expressément par Oxfam de fixer un prix des médicaments trop élevé pour les pays émergents⁸⁵⁶. Cette exhortation eut également pour conséquence une révision des modalités de fixation des prix, différenciés selon le pays concerné
- La Troisième concerne l'entreprise Pfizer. Cette société fut également accusée par Oxfam de pratiquer des prix non-différenciés selon le pays d'importation et de refuser

⁸⁵⁴ Pharmalaysse.fr/big-pharma-une-reputation-en-chute-libre/ (consulté le 1er juillet 2016).

⁸⁵⁵ Treatment Action Campaign, « Major victory for Aids activists : Bristol-Meyer Squibb concedes patents on antiretrovirals in Africa », communiqué de presse, 15 mars 2001.

⁸⁵⁶ R. POLAUD, « L'implication des ONG dans les débats des OIG, le cas de l'aménagement des droits de propriété intellectuelle par l'OMC, l'OMS, l'OMPI entre 1996 et 2006 », op. cit. p. 123.

systématiquement les licences obligatoires sur les brevets dont elle est titulaire⁸⁵⁷. Cette accusation est toujours d'actualité.

B – La réponse de l'industrie pharmaceutique

301. L'absence de brevet. Afin de protéger sa réputation des assauts répétés des différentes organisations non-gouvernementales, l'industrie pharmaceutique s'est d'abord justifiée en niant tout lien direct entre l'accès au médicament et le système de brevet. L'argument avancé semble incontestable : moins de 5% des médicaments figurant sur la liste des médicaments essentiels de l'OMS sont protégés par un brevet dans les pays en développement et cette absence de protection démontre par elle-même que le brevet n'est pas le nœud du problème. Ainsi, selon l'ancien président de Glaxo Smith Kline, Richard SYKES, « *Certains mettent en avant le besoin de protection de la propriété intellectuelle dans les pays émergents, mais d'autres se demandent s'il est opportun d'étendre sans cesse cette protection, ce que fait graduellement l'Accord sur les ADPIC... La protection de la propriété intellectuelle n'est pas la cause du présent manque d'accès aux médicaments dans les pays émergents. Lors de la Conférence de Doha, les membres de l'OMC ont convenu de reporter l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC dans les pays les moins avancés. Et je ne pense pas que l'Accord empêche l'accès aux médicaments dans des pays comme l'Inde ou le Brésil. D'un autre côté, je crois fermement que ces pays ont la capacité de développer leurs propres unités de recherche pharmaceutique, comme tout autre unité de recherche, mais cela n'arrivera qu'une fois que la protection de la propriété intellectuelle sera effective. L'Accord sur les ADPIC doit être reconnu comme un outil de développement important pour les pays émergents* »⁸⁵⁸.

Cette position est partagée par l'office américain des brevets qui a déclaré que : « *certains pays tentent de justifier l'utilisation de mesures protectionnistes en les associant aux crises sanitaires qu'ils subissent. Mais ce comportement empêche ces pays, et tout autre partie*

⁸⁵⁷Oxfam, « réduisez les couts : un remède équitable : deux doses de droits du patient pour une dose de droits de brevet » (non daté) : « *Pfizer a fait preuve de bien peu de flexibilité dans la segmentation des prix et l'application des brevets dans les pays pauvres, contrairement à plusieurs de ses compétiteurs. Là où elle détient des brevets, la société semble adopter une stratégie de fixation des prix uniforme quel que soit le marché tout en refusant d'émettre des licences autorisant la production de médicaments génériques* ».

⁸⁵⁸Commission on Intellectual Property Rights, « Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy », Londres, septembre 2002, p. 34 (traduction).

*intéressée, de se concentrer sur les domaines de préoccupation réels »*⁸⁵⁹.

302. La remise en cause des infrastructures. Afin de détourner l'attention sur le système des brevets, l'industrie pharmaceutique a dû réorienter le débat autour de la seconde cause reconnue par la réunion intergouvernementale de Hobsjör : les obstacles factuels liés à la vétusté des infrastructures de santé publique. Ainsi, le principal frein à l'accès au médicament devenait la pauvreté : *« handicapée par des ressources financières limitées, la capacité de ces pays à contenir le SIDA ou d'autres maladies mortelles est compromise par une infrastructure inadéquate, des barrières culturelles et un système de gestion des soins défaillant »*⁸⁶⁰. Deux éléments sont donc mis en cause :

- *« En plus des problèmes liés à la propriété intellectuelle, il est reconnu qu'un large éventail d'obstacles entrave l'accès aux médicaments dans les pays pauvres. Il s'agit du financement, des prix, de l'approvisionnement et de la distribution »*⁸⁶¹. le Professeur LAMBELET met ici en avant le fait que les pays émergents, en majorité pauvres en ressources publiques, n'ont pas les fonds nécessaires pour couvrir les besoins de santé publique. Ainsi, *« même ramenés à leurs plus bas prix, les médicaments pour la plupart des populations restent hors de portée »*⁸⁶².
- A la faiblesse financière s'associe l'absence de structures matérielles nécessaires à la distribution des médicaments, notamment le manque de *« services de santé locaux adéquatement dotés en personnel, bien équipés, gérés, financés et centrés sur les besoins locaux, des systèmes de distribution efficaces »*⁸⁶³.

Afin de surmonter cet obstacle, et ainsi démontrer sa bonne foi, l'industrie pharmaceutique a choisi comme élément dissipatif à la crise l'intervention humanitaire dont les pays où la santé publique est menacée sont bénéficiaires. Par exemple, les interventions financières comme les dons ont significativement augmenté depuis 2003 pour atteindre cette année-là une valeur de 2.1 milliards de dollars, dépassant mêmes l'intervention de l'Union Européenne alors estimée

⁸⁵⁹ USTR, « 2001 Special 301 Report », Washington, 2001, p. 5.

⁸⁶⁰ J-T GATHII, « the structural power of strong pharmaceutical patent protection in US foreign policy », The Journal of Gender, Race and Justice, 2003, vol.7, p. 273 (traduction).

⁸⁶¹ [Http://www.hec.unil.ch/Jlambelet/econat4.html](http://www.hec.unil.ch/Jlambelet/econat4.html) (consulté le 1er juillet 2016).

⁸⁶² S. NGO MBEM, « l'intérêt général et la protection des médicaments par le brevet dans les pays en développement », mémoire de DESS, Centre d'études Internationales de la propriété industrielle, 2003, p. 56.

⁸⁶³ [Http://wto.org/frech/tratop_f/trips/hosbjor_report_f.pdf](http://wto.org/frech/tratop_f/trips/hosbjor_report_f.pdf) (consulté le 1er juillet 2016).

à 850 millions de dollars⁸⁶⁴. Les principales firmes pharmaceutiques ont également déclaré vouloir contribuer à la lutte contre les maladies tropicales négligées pour un montant de 19 milliards de dollars entre 2013 et 2020⁸⁶⁵.

Section 2 – La Décision du 30 août 2003 : l'évolution de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC

303. Application de la règle de gestion de crise. La Décision de 2003 a annoncé le premier compromis trouvé dans la relation entre la protection des droits de propriété industrielle et l'accès aux médicaments. Pourtant, le Protocole de 2005, dont l'objet est de transposer les dispositions de la Décision de 2003 au sein de l'Accord sur les ADPIC, n'a toujours pas reçu le nombre d'instruments d'acceptation nécessaire à son entrée en vigueur, ce qui tend, selon notre règle de gestion de crise, à démontrer la mauvaise proportion entre le contenu de la Décision et ses difficultés de mise en œuvre. Il n'est pas question dans cette étude de porter un jugement sur le contenu même de la Décision de 2003 et du Protocole de 2005, mais d'identifier, entre la « masse » et la « raideur », quel est le paramètre à l'origine du blocage du processus d'acceptation. Ainsi, après avoir décrit le système proposé par la Décision de 2003 (I), nous étudierons les critiques portées à son encontre de la part des acteurs présents lors des négociations (II)

I – Description du système mis en place par la Décision de 2003 et le Protocole de 2005

304. Plan. Afin de bien cerner l'ensemble des questions juridiques posées par le système, il nous est nécessaire d'étudier en premier lieu le contenu de la Décision de 2003 et du Protocole de 2003 (A), puis leur statut juridique (B).

⁸⁶⁴<http://world.phrma.org/global.partnership.2004.pdf> (consulté le 1er juillet 2016).

⁸⁶⁵<http://unitingtocombatntds.org/sites/default/files/document/Press%20Release%20NTD%20Progress%202%20April%202014%20-%20FRENCH%20FINAL%20WITHOUT%20EMBARGO.docx> (consulté le 1er juillet 2016).

A – Le système d’octroi de licence pour exportation

305. Plan. L’un des variantes paramétrant notre règle de gestion de crise étant la « masse » des moyens mis en œuvre dans les solutions proposées, nous devons étudier le droit matériel proposé par la Décision de 2003 et le Protocole de 2005. Les questions de droit développées lors des négociations au sein de l’OMC se sont divisées en deux catégories concernant d’une part le champs d’application du système mis en œuvre par la Décision de 2003 (1), et d’autre part les obligations de transparence et de sauvegarde imposées afin de combattre les importations parallèles illégales (2).

1 – Champ d’application du système

306. Paragraphe 1^{er} de la Décision du 30 août 2003. Le champ d’application du système est prévu dans paragraphe 1^{er} de la Décision de 2003, repris dans le paragraphe 2 de l’annexe du Protocole de 2005, selon lequel : « *Aux fins de la présente Décision:*

(a) l’expression “produit pharmaceutique” s’entend de tout produit breveté, ou produit fabriqué au moyen d’un procédé breveté, du secteur pharmaceutique nécessaire pour remédier aux problèmes de santé publique tels qu’ils sont reconnus au paragraphe 1 de la Déclaration. Il est entendu qu’elle inclurait les principes actifs nécessaires à la fabrication du produit et les kits de diagnostic nécessaires à son utilisation ;

(b) l’expression “Membre importateur admissible” s’entend de tout pays moins avancé Membre et de tout autre Membre qui a notifié au Conseil des ADPIC son intention d’utiliser le système en tant qu’importateur, étant entendu qu’un Membre pourra notifier à tout moment qu’il utilisera le système en totalité ou d’une manière limitée, par exemple uniquement dans des situations d’urgence nationale ou d’autres circonstances d’extrême urgence ou en cas d’utilisation publique à des fins non commerciales. Il est à noter que certains Membres n’utiliseront pas le système décrit dans la présente Décision en tant que Membres importateurs et que certains autres Membres ont déclaré que, s’ils utilisent le système, ce serait uniquement dans des situations d’urgence nationale ou d’autres circonstances d’extrême urgence;

(c) l’expression “Membre exportateur” s’entend d’un Membre utilisant le système décrit dans la présente Décision pour produire des produits pharmaceutiques à l’intention d’un Membre

importateur admissible et les exporter vers ce Membre ». Ainsi, nous devons étudier tour à tour la définition des produits visés, des membres importateurs et des membres exportateurs :

307. Les produits visés. Le champ d'application des produits visés par la Décision de 2003 ne se limite pas aux médicaments stricto sensu, mais s'élargit à tous les produits pharmaceutiques définis comme « *tout produit breveté, ou produit fabriqué au moyen d'un procédé breveté, du secteur pharmaceutique* »⁸⁶⁶. Eu égard à la proposition « Motta » de 2002, la Décision prévoit que les principes actifs et kits de diagnostic sont inclus dans cette définition. De même, bien que les vaccins ne soient pas expressément mentionnés, la plupart des Etats-membres ont estimé qu'ils étaient couverts au même titre que les autres produits pharmaceutiques⁸⁶⁷.

Le renvoi au paragraphe 1 de la Déclaration de Doha a pu être interprété comme la preuve que les Etats-Unis ne pouvaient parvenir à limiter le mécanisme aux maladies particulières. En effet, rappelons que lors de l'étude de la proposition « Motta » par le Conseil des ADPIC, la question de l'étendue des maladies auxquelles le mécanisme s'appliquait était apparue comme un point de rupture⁸⁶⁸ entre les Etats-Unis, privilégiant une interprétation *ejusdem generis*, et les pays émergents, privilégiant l'interprétation *a contrario* : alors que ces derniers prônaient l'absence de liste exhaustive restreignant le champ d'application du système, les Etats-Unis maintenaient l'exigence d'une liste limitée aux maladies visées par la déclaration de Doha, soit le VIH, la tuberculose et le paludisme, et autres maladies de même gravité. Cette position s'expliquait en effet par la crainte du gouvernement américain de voir la liste des maladies visées s'élargir à des maladies ne relevant pas du domaine de la santé publique alors que certains pays émergents avaient ouvertement décrété bénéficier d'une interprétation large de l'obligation. Ainsi, comme le remarque Duncan MATTHEWS : « *la lettre de Rosa Whitaker insistait pour que l'exemption soit limitée au VIH, à la tuberculose et au paludisme sans qu'il soit possible d'y inclure d'autres épidémies. Suivant la position américaine, l'élargissement de l'exemption à d'autres épidémies, pour utiliser le libellé de la Déclaration de Doha, pourrait entraîner l'inclusion de maladies du « mode de vie », telles que l'obésité ou le rhume*

⁸⁶⁶ Cf. paragraphe 1 de la Décision du 30 août 2003.

⁸⁶⁷ P. RAVILLARD, « La Décision du 30 août 2003 sur l'accès aux médicaments : une étape historique dans le processus des négociations de l'OMC », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2004, n°10, p. 529.

⁸⁶⁸ H. HESTERMEYER, « Human rights and the WTO : the case of patents and Acces to Medicines », Oxford University Press, 2007, p. 263.

simple, qui ne devraient pas être exclues des dispositions de l'Accord sur les ADPIC relatives aux licences obligatoires ⁸⁶⁹».

Dans une dernière tentative, les Etats-Unis ont essayé d'inclure une note de bas de page à la Déclaration de Doha élargissant leur première proposition de liste limitative de maladies, de trois à vingt-trois. Cette proposition fut également rejetée aux motifs que la Déclaration de Doha visait de manière générale l'ensemble des problèmes de santé publique, et de manière plus précise les épidémies, et que toute limitation des maladies à une liste exhaustive aurait pu effet de restreindre de manière inadmissible le mandat conféré par la Déclaration de Doha.

En l'absence de consensus, les membres ont donc préféré conserver la formule de compromis trouvée lors des négociations de Doha même si celle-ci démontre une certaine ambiguïté. Les Etats-Unis ont finalement accepté cette formulation et il est aujourd'hui admis que le champ d'application se résume en une liste illustrative et non limitative de problèmes de santé publique – dont les épidémies, et en particulier le VIH, la tuberculose et le paludisme – qu'il conviendra de déterminer par l'application d'une règle de raison.

Si aujourd'hui, la faible utilisation des licences obligatoires en matière de santé publique permet de tenir le consensus, il est évident que certains types de maladies devront faire l'objet de discussion à l'avenir. Ainsi, plusieurs pistes de réflexion s'ouvrent à nous :

- La dépression : si la liste exemplative de la Déclaration de Doha se base sur les travaux de l'OMS, elle doit tenir compte de l'inclusion de la dépression comme nouvelle épidémie majeure au même titre que le VIH, la tuberculose et le paludisme, et de l'inscription de la Fluoxétine (Prozac) en 2013 sur la liste des médicaments essentiels de l'OMS, alors que le marché des psychotropes (antidépresseurs, somnifères et anxiolytiques) s'élève en 2013 à plus de 50 milliards de dollars.
- Les maladies catastrophiques : par opposition aux maladies épidémiques dans le vocabulaire médical se trouvent les maladies naissant des catastrophes naturelles ou industrielles. Ce type de maladie se divise alors en deux catégories. D'une part les maladies opportunistes – comme la rubéole, la rougeole, le tétanos, etc. – répondent à une acception large des épidémies visées par la Déclaration de Doha. D'autre part, la

⁸⁶⁹ D. MATTHEWS, « Lessons from negotiating an amendment to the TRIPS Agreement : compulsory licensing and access to medicines », in « Emerging issues in intellectual property-trade, technology and market freedom : essays in honour of Herchel Smith », Edward Elgar, 2007, p. 227.

maladie d'origine chimique - comme les irradiations, les intoxications à l'amiante ou au plomb, etc. – peuvent être l'objet d'une crise sanitaire majeure sans pour autant répondre à la définition d'une épidémie.

- Les maladies non transmissibles : il s'agit de maladies d'origine non biologique, causées par des vecteurs environnementaux ou génétiques – comme le cancer ou le diabète – dont le taux de morbidité est aussi conséquent que les épidémies visées par la Déclaration de Doha. Ces maladies font d'ailleurs le plus souvent l'objet de la controverse : « *Les ONG ont critiqué l'approche américaine au motif que la moitié des victimes de maladies non transmissibles (maladies cardiovasculaires, cancer, diabètes, maladies respiratoires chroniques...) proviennent du monde en développement, où l'accès aux produits pharmaceutiques brevetés coûteux demeure limité* »⁸⁷⁰.

308. Les membres importateurs admissibles. Initialement, les communautés européennes et les Etats-Unis exigeaient que les pays admissibles à l'importation soient limités aux pays les moins avancés selon le classement de la Banque Mondiale, et aux pays en développement qui ont un revenu supérieur justifiant d'un cas d'urgence nationale. Cette position fut cependant très critiquée en ce qu'elle limitait l'exemption aux économies à faible revenus, refusant ainsi un droit d'accès égal aux médicaments génériques à plus de soixante-douze pays émergents dont les capacités de production étaient insuffisantes⁸⁷¹. Bien que sous la pression des pays émergents, ces conditions aient disparu de la Décision de 2003, elles reviennent en pratique avec les notifications déposées au secrétariat de l'OMC. Ainsi, nous distinguons trois catégories de pays :

- Les pays les moins avancés membres de l'OMC sont considérés d'office comme admissibles au système car ils sont présumés ne pas avoir de capacités de fabrication suffisantes dans le domaine pharmaceutique. Afin de déterminer quels pays entrent dans cette catégorie, l'OMC prend comme référence la liste établie par l'ONU sur les informations fournies par la Banque mondiale. Sont donc considérés comme pays les moins avancés admissibles à l'importation : Angola, Bangladesh, Bénin, Burkina

⁸⁷⁰ Idem, p. 227.

⁸⁷¹ Idem, p. 228.

Faso, Burundi, Cambodge, Congo, Djibouti, Gambie, Guinée, Guinée Bissau, Haïti, Iles Salomon, Laos, Lesotho, Madagascar, Malawi, Mali, Mauritanie, Mozambique, Myanmar, Népal, Ouganda, République Centrafricaine, Rwanda, Sénégal, Sierra Leone, Tanzanie, Tchad, Togo, Yémen, Vanuatu, Zambie. A ceux-là pourront s'ajouter dix pays en cours d'accession à l'OMC : Afghanistan, Bhoutan, Comores, Ethiopie, Guinée Equatoriale, Libéria, Sao-Tomé-Et-Principe, Soudan.

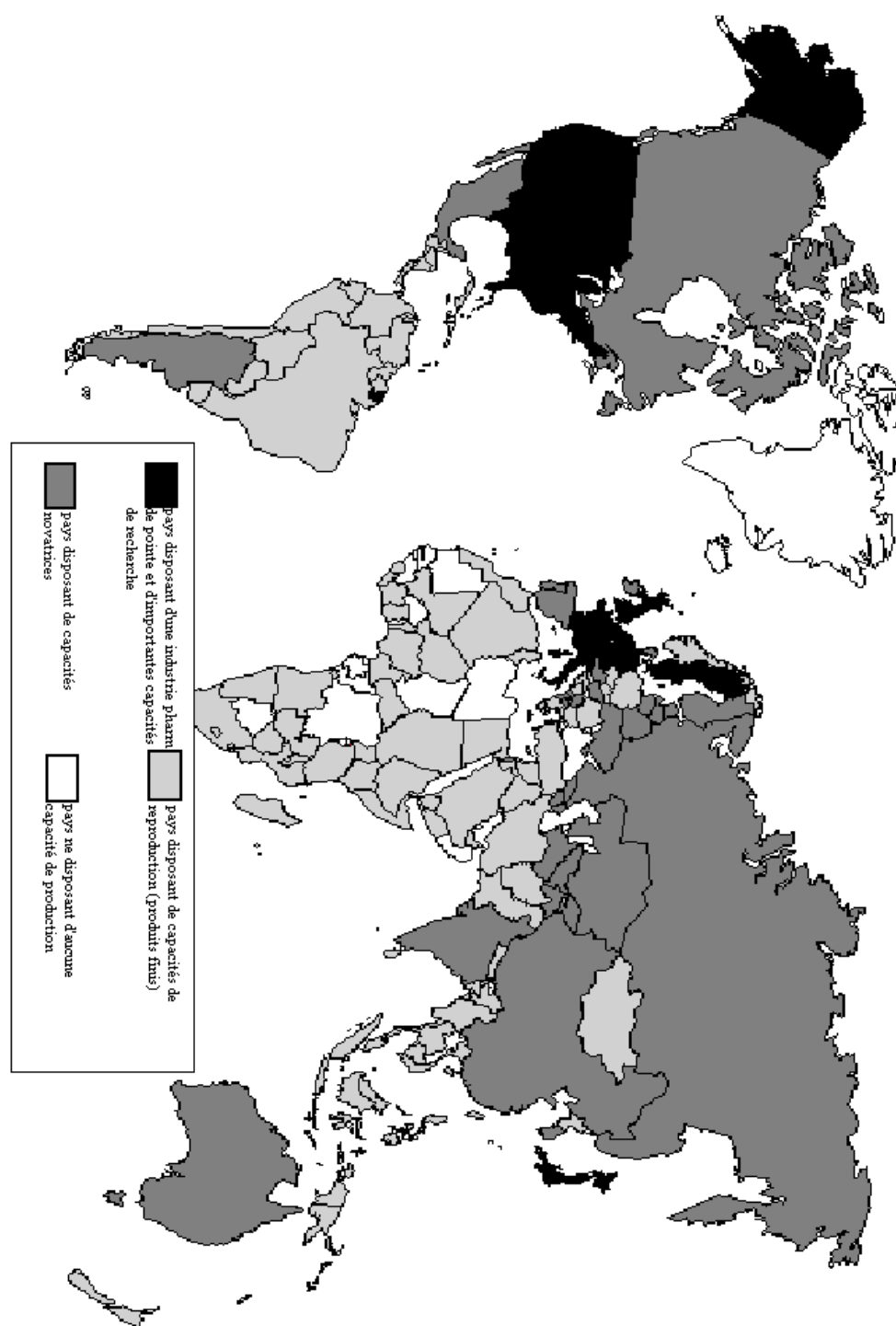
- Au-delà des pays les moins avancés, sont prévus par la Décision de 2003 tous les autres membres qui ont notifié au Conseil des ADPIC leur intention d'utiliser le système en tant qu'importateurs. Pour cela, ces derniers doivent établir qu'ils ont une capacité de fabrication insuffisante ou inexistante dans le domaine pharmaceutique, selon des critères énoncés à l'Annexe de la Décision : *« pour les autres Membres importateurs admissibles, l'insuffisance ou l'inexistence de capacités de production pour les produits en question peuvent être établies de l'une des deux façons suivantes : i) le Membre en question a établi qu'il ne disposait pas de capacité de fabrication dans le secteur pharmaceutique ; ou ii) dans les cas où le Membre a une certaine capacité de fabrication dans ce secteur, il a examiné cette capacité et constaté qu'en excluant toute capacité appartenant au titulaire du brevet ou contrôlée par lui, elle était actuellement insuffisante pour répondre à ses besoins. Lorsqu'il sera établi que cette capacité est devenue suffisante pour répondre aux besoins du Membre, le système ne s'appliquera plus »*. Afin d'éviter toute ingérence de tout autre pays dans un but de dissuasion, l'évaluation des capacités et la notification de l'utilisation du système sont réalisées sous l'entière responsabilité du pays concerné et n'ont pas à être approuvées par un quelconque organe de l'OMC. De même, selon le paragraphe 10 de la Décision, les membres ne peuvent contester les mesures prises dans le cadre de ce système au titre de l'alinéa 1 de l'article XXIII du GATT de 1994 (plaintes en situation de non-violation). Malgré la mainmise totale de l'Etat sur la méthode de calcul, une étude de 2002 de l'OMC nous apporte les renseignements nécessaires à l'établissement d'une liste de pays en fonction de leur capacité de production.
- Si les pays qui ont une capacité de fabrication suffisante ne peuvent, en toute logique, bénéficier du système en tant qu'importateur, la question a été très vite évincée par la notification du refus a priori de certains Etats d'octroyer une licence d'importation selon les circonstances. Ainsi, tous les pays industrialisés ont déclaré qu'ils n'utiliseraient jamais ce système en tant qu'importateurs. A ceux-là s'ajoutent les pays émergents d'Europe de l'Est qui se sont alignés sur cette position après leur entrée

dans l'Union Européenne en 2004 – Chypre, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, République Tchèque, Slovaquie, Slovénie. De même, certains pays émergents à revenu élevé – Chine, Corée, Emirats Arabes unis, Hong Kong, Israël, Koweït, Macao, Mexique, Qatar, Singapour, Territoire douanier distinct de Taiwan-Penghu-Kinmen-et-Matsu, Turquie – ont déclaré accepter la condition initialement établie de « cas d'urgence nationale ou d'extrême urgence » lorsqu'ils utilisent ce système.

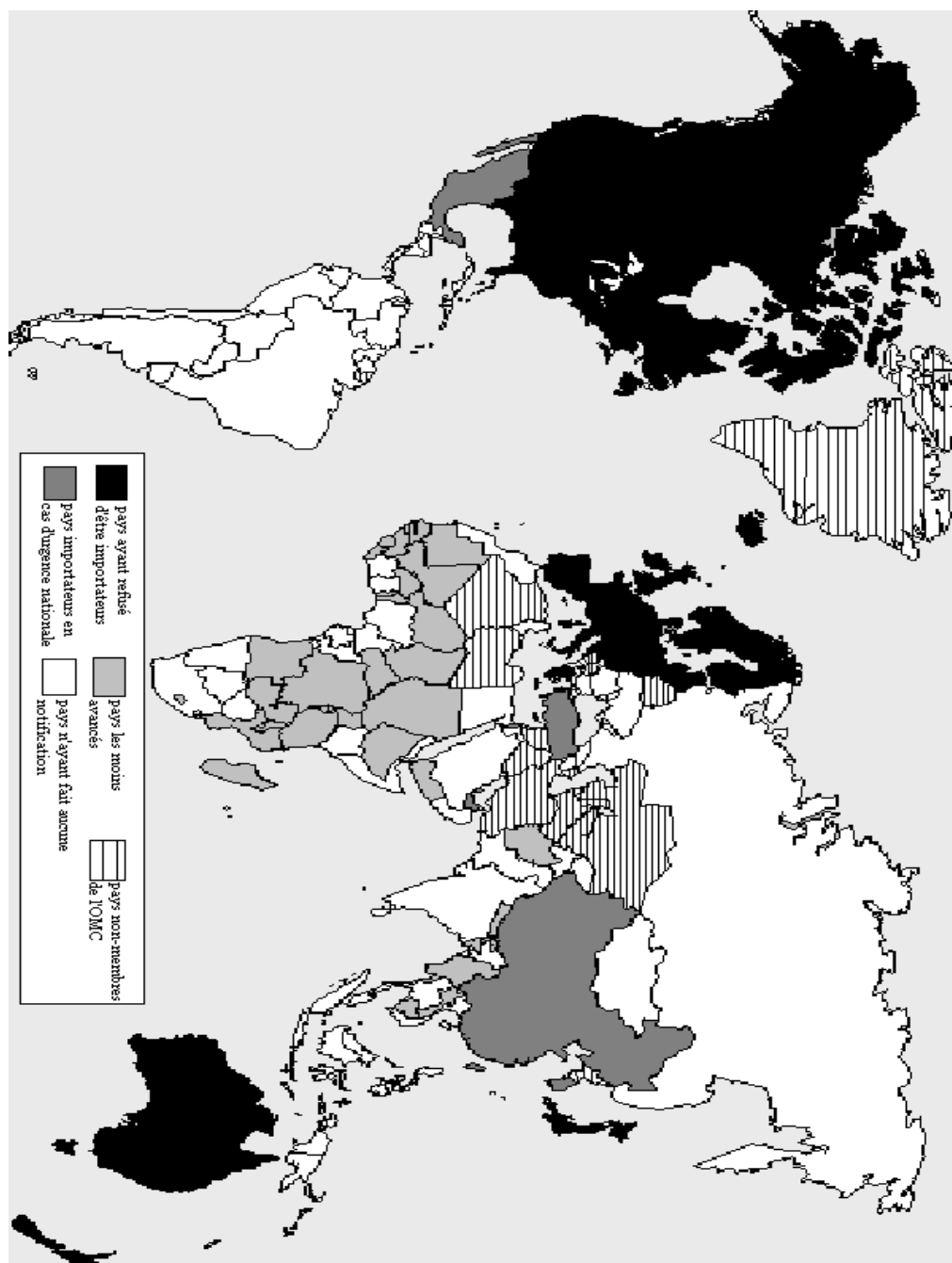
309. Les membres exportateurs admissibles. Tous les membres de l'OMC sont admissibles en tant qu'exportateurs. Il a été question au cours des négociations de réduire la qualité de Membres exportateurs en excluant les pays développés ou en les admettant uniquement dans les cas où il n'y aurait aucune capacité de production des produits concernés dans les autres Etats-membres. Les pays émergents ont alors fait valoir que rien dans la déclaration de Doha ne limitait les sources d'approvisionnement des médicaments dont un pays a besoin. Duncan MATTHEWS avait remarqué à cet égard : *« bien que les Communautés Européennes aient proposé que tous les Membres de l'OMC puissent être admissibles, les Etats-Unis ont proposé, dans la lettre de Whitaker de limiter les exportateurs en vertu de l'exemption aux pays les moins avancés et aux pays en développement. Le fait de permettre aux pays développés d'être des exportateurs entraverait, selon les Etats-Unis, les transferts de technologie et les investissements des sociétés pharmaceutiques dans le monde en développement. Cette proposition américaine a été critiquée par les ONG parce qu'elle a pour effet de réduire le nombre de fournisseurs éventuels de médicaments génériques qui pourraient être capables de produire des médicaments à bas prix »*⁸⁷². Il a donc été décidé de ne pas exclure la participation au système des pays développés.

⁸⁷² D. MATTHEWS, « Lessons from negotiating an amendment to the TRIPS Agreement : compulsory licensing and access to medicines », in « Emerging issues in intellectual property-trade, technology and market freedom : essays in honour of Herchel Smith », op. cit., p. 228.

CARTE N°4 : CAPACITE DE PRODUCTION DANS LE DOMAINE PHARMACEUTIQUE



**CARTE N°5 : NOTIFICATIONS QUANT AUX PAYS IMPORTATEURS
ADMISSIBLES⁸⁷³**



⁸⁷³ Cette carte est à comparer avec la carte n°4 afin de constater que les notifications de refus d'utiliser le système ne coïncide que peu avec la capacité de production. Nous en avons l'exemple avec la Russie, l'Inde, l'Argentine, ou à l'inverse l'Islande et la Norvège.

2 – Les obligations inhérentes au système

310. Une dérogation à l'Accord sur les ADPIC. La Décision du Conseil général du 30 août 2003 s'analyse comme une triple dérogation à l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC, la première portant sur les modalités d'octroi de la licence obligatoire, la seconde sur la coopération régionale et la dernière sur la rémunération du détenteur du brevet. De telles dérogations sont prévues à l'article IX de l'Accord instituant l'OMC : si la Conférence ministérielle peut, dans des circonstances exceptionnelles, accorder une dérogation aux obligations imposées par l'OMC à un membre à titre individuel, il n'est pas rare que des dérogations collectives soient possibles, d'autres ayant déjà été accordées dans le passé⁸⁷⁴.

L'objectif du système mis en place par la Décision de 2003, repris par le Protocole de 2005, est avant tout humanitaire : permettre la fabrication et l'exportation sous licence obligatoire de médicaments en faveur des Etats-membres ne disposant pas de capacité de production suffisante. Le système repose donc sur la confiance réciproque des Etats et ne doit en aucun cas être utilisé à titre industriel ou commercial. C'est pour cela qu'un certain nombre de dispositions ont été incluses dans les décisions afin d'assurer la sécurité juridique et éviter tout détournement.

311. Notifications et transparence. La licence délivrée permet à un Etat-membre possédant une industrie pharmaceutique conséquente d'exporter vers un Etat-membre admissible des produits pharmaceutiques une fois que le mécanisme de notifications a été satisfait. Deux notifications sont alors prévues.

D'une part, le membre importateur doit présenter au Conseil des ADPIC une notification générale, lorsque le système est utilisé en totalité, ou limité, par exemple lorsque l'Etat s'est lui-même restreint aux cas d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence. Plusieurs informations sont nécessaires :

⁸⁷⁴ OMC, « Paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique : renseignement concernant les dérogations », 24 octobre 2002, IP/C/W/387, n°16.

- La notification doit spécifier le nom et la quantité prévue pour l'importation du produit nécessaire. Si une quantité additionnelle est nécessaire, une nouvelle licence obligatoire doit être notifiée. Ainsi, l'Indonésie s'est interrogée de ce qu'il peut advenir si, *« à cause d'une mauvaise estimation, d'autres catastrophes ou pour d'autres raisons, un plus grand nombre de médicaments était demandé une fois que la licence a été délivrée »*, car *« recommencer à zéro prendrait plus de temps et ne répondrait pas à l'objectif du système, qui avait été conçu pour apporter une solution rapide aux préoccupations de santé publique »*⁸⁷⁵. Le Canada, seul pays à avoir utilisé le système, a alors affirmé que le pays importateur aurait *« simplement à suivre les mêmes procédures que précédemment, ce qui ne prendrait que quelques mois, voire moins, par rapport à la première fois »*⁸⁷⁶.
- La notification doit également confirmer que le pays importateur, qui n'entre pas dans la catégorie des pays les moins avancés, est en mesure de justifier des capacités de production insuffisantes ou inexistantes dans le secteur pharmaceutique. Lorsque ce pays dispose d'une certaine capacité de production, il doit démontrer que cette dernière est insuffisante si l'on exclut les unités de production appartenant au titulaire du brevet. Cela signifie que ce pays doit être en mesure de quantifier précisément ses capacités dans le secteur pharmaceutique, unité de production par unité de production, afin de pouvoir prévoir l'exclusion de l'une d'elle. La méthode d'évaluation est alors transmise dans la notification. Bien entendu, cette information est transmise au titre de la transparence et aucune ingérence n'est autorisée dans l'évaluation des capacités de production.
- La notification doit enfin confirmer que le pays importateur a accordé ou est sur le point d'accorder une licence obligatoire lorsque le produit visé est breveté sur son territoire. Cette exigence est alors sans préjudice des autres flexibilités accordées par l'Accord sur les ADPIC, comme le droit des pays les moins avancés de retarder la brevetabilité des produits pharmaceutiques jusqu'au 1^{er} janvier 2033.

D'autre part, le membre exportateur doit notifier au Conseil des ADPIC et publier sur internet les modalités habituelles d'octroi de la licence obligatoire sur son territoire. Les renseignements à fournir sont donc le nom et l'adresse du licencié, le nom et la quantité

⁸⁷⁵ OMC, « réexamen annuel de la Décision sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique », 10 décembre 2010, IP/C/37, n°32.

⁸⁷⁶ OMC, « réexamen annuel [de 2010] », op. cit., n°50.

fabriquée du produit visé par la licence, le pays destinataire de l'exportation ainsi que la durée de la licence, laquelle évoque le délai d'approvisionnement. Ce dernier point a pu être critiqué par la délégation de l'Inde, qui affirme que « *dans l'idéal, lorsque la quantité était précisée, il ne devrait pas être nécessaire de restreindre le délai d'approvisionnement, qui serait tributaire d'un certain nombre de facteurs liés à la fabrication des médicaments, au volume expédié et au commerce* »⁸⁷⁷.

312. La sauvegarde contre le détournement. En plus de l'obligation de notification, le paragraphe 5 de la Décision de 2003 – repris au paragraphe 9 de l'Annexe de l'article 31bis de l'« Accord sur les ADPIC non-entrée en vigueur – dispose que « *les Membres assureront la disponibilité de moyens juridiques effectifs pour empêcher l'importation, et la vente, sur leurs territoires de produits produits dans le cadre du système et détournés vers leurs marchés d'une façon incompatible avec ses dispositions, en utilisant les moyens qu'il est déjà exigé de rendre disponibles au titre du présent accord* ». Aucun nouveau moyen juridique n'étant exigé, les membres utilisent les moyens prévus aux articles 41 à 61 de l'Accord sur les ADPIC. Cette disposition qui vise le détournement vers les marchés des pays industrialisés, mais aussi la question des pays de transit. Ainsi, pouvons-nous prendre en exemple les plaintes de l'Inde et du Brésil à l'encontre des autorités douanières de l'Union Européenne qui retiennent les médicaments génériques authentiques à destination des pays émergents⁸⁷⁸, alors que les nombreuses saisies effectuées à Rotterdam lors de la campagne MEDI FAKE ont provoqué des retards dans l'approvisionnement de certains pays en produits pharmaceutiques essentiels.

Pour faciliter la lutte contre le détournement, plusieurs mesures de sauvegarde sont à la charge des pays importateurs et exportateurs.

Concernant les pays importateurs, le paragraphe 4 de la Décision de 2003 et le paragraphe 8 de l'Annexe à l'article 31bis de l'Accord sur les ADPIC dispose que « *afin de garantir que les produits importés dans le cadre du système sont utilisés aux fins de santé publique qui sous-tendent leur importation, les Membres importateurs admissibles prendront, dans la limite de leurs moyens, des mesures raisonnables proportionnées à leurs capacités administratives et*

⁸⁷⁷ OMC, « réexamen annuel [de 2010] », op. cit., n°17.

⁸⁷⁸ www.wto.org/french/news_f/news10_f/trip_02_mar10_f.htm (consulté le 1er juillet 2016).

au risque de détournement des échanges pour empêcher la réexportation des produits qui ont été effectivement importés sur leurs territoires dans le cadre du système ». Cette disposition a été vivement contestée par les pays émergents et les pays les moins avancés, qui ont considéré que ces mesures allaient bien au-delà des objectifs de l'Accord sur les ADPIC et que les charges engendrées leur seraient difficiles à supporter. C'est pourquoi il a été rajouté au paragraphe 4 que « au cas où un membre importateur admissible qui est un pays en développement ou un pays moins avancé a des difficultés à mettre en œuvre la présente disposition, les pays développés offriront, sur demande et selon les modalités et à des conditions mutuellement convenues, une coopération technique et financière afin de faciliter sa mise en œuvre ».

Concernant les pays exportateurs, ils doivent satisfaire aux dispositions du paragraphe 2b) de la Décision de 2003 et doit ainsi contrôler la quantité fabriquée du produit visé par la licence et le suivi de l'exportation à destination du pays qui a notifié ses besoins. Le paragraphe 2b)ii) prévoit également les modalités de production du médicament visé : *« les produits produits dans le cadre de la licence seront clairement identifiés comme étant produits dans le cadre du système décrit dans la présente Décision au moyen d'un étiquetage ou d'un marquage spécifique. Les fournisseurs devraient distinguer ces produits au moyen d'un emballage spécial et/ou d'une coloration/mise en forme spéciale des produits eux-mêmes, à condition que cette distinction soit matériellement possible et n'ait pas d'incidence importante sur le prix »*. Il est alors intéressant de remarquer que cette disposition n'est pas mise à la charge de l'Etat mais à celle de la société qui produit le médicament générique. Nous pouvons aisément penser qu'une telle distinction ne devrait pas soulever de difficultés particulières pour les producteurs de médicaments qui ont acquis une certaine expérience, notamment dans le cadre du règlement 953/2003/CE du 26 mai 2003 qui prévoyait déjà qu'en cas de prix différenciés, les produits devaient adopter une présentation différente de manière à les rendre parfaitement reconnaissable. Pourtant la répercussion économique de ces obligations est vivement critiquée par l'Inde qui considère que son industrie pharmaceutique, bien que cinquième plus grande industrie pharmaceutique au monde, n'est pas en mesure d'amortir les coûts engendrés par de telles modifications. Cet argument sera d'ailleurs utilisé pour justifier l'échec de l'utilisation du système par Natco afin d'exporter des antirétroviraux au Népal⁸⁷⁹.

⁸⁷⁹ Cf. n°337.

B – Le statut juridique du système

313. Plan. Au-delà des questions de droit matériel, l'une des principales contrariétés du système est son statut juridique incertain qui démontre l'importance du discours contestataire auprès des délégations des Etats-membres de l'OMC. Ainsi, à défaut d'entrée en vigueur du Protocole de 2005 (2) s'applique aujourd'hui la décision de 2003, qui se voulait, lors de sa négociation, provisoire (1).

1 – Le statut juridique de la Décision du 30 août 2003

314. La probable reconnaissance de la Décision de 2003 par les groupes spéciaux. La Décision de 2003 « *y compris les dérogations qui y sont accordées, viendra à expiration pour chaque Membre à la date à laquelle un amendement de l'Accord sur les ADPIC remplaçant ses dispositions prendra effet pour ce Membre* »⁸⁸⁰, soit à l'entrée en vigueur du Protocole de 2005. Ce dernier n'ayant toujours pas obtenu l'acceptation des deux-tiers des membres de l'OMC, l'article 31f de l'Accord sur les ADPIC demeure pleinement en vigueur.

Comme il ne s'agit pas d'une modification formelle de l'Accord sur les ADPIC⁸⁸¹, la question du statut juridique de la Décision de 2003 et de sa reconnaissance par les groupes spéciaux de l'Organe de règlement des différends se pose. Selon Daniel GERVAIS, un groupe spécial accorderait à la Décision de 2003 un effet équivalent à celui de l'Accord sur les ADPIC, et ne contesterait aucune licence obligatoire octroyée tant que cette dernière est conforme à la Décision : « *les groupes spéciaux et l'Organe d'appel de l'Office de règlement des différends se sont traditionnellement montrés réticents à interpréter les instruments du GATT et de l'OMC pour modifier l'objectif poursuivi, au motif que ces instruments sont généralement le résultat de bataille durement menées* »⁸⁸².

⁸⁸⁰ Paragraphe 11 de la Décision du 30 août 2003.

⁸⁸¹ S. CHARNOVITZ, « the legal status of the Doha Declarations », 5 Journal of international economic law 207, 2002.

⁸⁸² D. GERVAIS, « L'accord sur les ADPIC », Larcier, 2010, p. 77.

315. La déclaration de Doha. Le statut juridique de la Décision de 2003 est alors intimement lié à celui de la déclaration de Doha. Cette dernière pourrait être reconnue de manière formelle⁸⁸³, comme accord ultérieur prévu par l'article 31(3) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, selon lequel : « *il sera tenu compte, en même temps que du contexte, de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions* ». Des déclarations ont ainsi précédemment été reconnues par l'Organe d'appel afin d'interpréter l'Accord sur les ADPIC, comme par exemple la Déclaration ministérielle de Singapour de 1996 dans l'affaire dite « des crevettes et des tortues »⁸⁸⁴, alors même que sa portée juridique demeure incertaine.

316. Le bloc déclaration-décision. La Décision de 2003, la déclaration de Doha et les annexes forment un ensemble cohérent et devraient être lus comme tels. Le rattachement de la Décision à la Déclaration est évident puisqu'elle met en œuvre le mandat donné en 2001, ce qui d'ailleurs permet à certains auteurs d'affirmer qu' « *en cas de contradiction entre la Déclaration et la Décision, la préséance sera probablement accordée à ce dernier document. La déclaration de 2001 a servi de base de négociation pour les négociateurs et demeure pertinente en tant que telle* »⁸⁸⁵.

La question du statut juridique de la Déclaration du Président est alors plus intéressante : la notification des certains pays refusant l'utilisation du système en tant qu'importateur a-t-elle préséance sur la Déclaration de Doha, au même titre que la Décision de 2003 ? La question paraît bien théorique puisque tous les pays ayant notifié ce refus ont, à l'exception de l'Islande qui bénéficie tout de même des prérogatives du marché intérieur européen, des capacités de production pharmaceutique largement suffisante, et pourraient, en cas d'urgence, invoquer les articles 31 et 44.2 de l'Accord sur les ADPIC. Elle s'inscrit pourtant dans un contexte essentiel au bon fonctionnement de la Décision de 2003, à travers la crainte des détournements à destination des pays industrialisés qui peuvent être combattus par les « pratiques exemplaires » mentionnées dans la Déclaration du Président.

⁸⁸³ S. LUCYK, « Patents, Politics and Public Health : access to essential medicines under the TRIPS Agreement », 38 Revue de droit d'Ottawa 191, 2006, p. 216.

⁸⁸⁴ OMC, « Etats-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes », 12 octobre 1998, WT/DS58/AB/R, §168.

⁸⁸⁵ D. GERVAIS, « L'accord sur les ADPIC », op. cit., p. 391.

A défaut de reconnaître formellement la Déclaration du Président au même titre que la Décision de 2003 et la Déclaration de Doha, un groupe spécial peut la considérer *a minima* comme entrant dans le contexte pertinent décrit à l'article 31(2) de la Convention de Vienne. Le Conseil a d'ailleurs émis un avis sur ce point : *« convoquant nouveau la réunion le 6 décembre, le Président a dit qu'il avait le plaisir d'informer le Conseil qu'à la lumière des consultations qu'il avait tenues, il était désormais en mesure de demander au Conseil d'approuver une proposition [...]. Il a en outre proposé que le Conseil approuve que soit transmis, conjointement avec le projet de décision, le texte d'une déclaration qui serait faite par le Président du Conseil général avant l'adoption par le Conseil général de la proposition... »*⁸⁸⁶.

2 – Le statut juridique du Protocole du 6 décembre 2005

317. Absence d'entrée en vigueur. L'article 31 bis n'est pas encore entré en vigueur à l'heure de cette étude. Conformément au paragraphe 3 de l'article X de l'Accord sur les ADPIC, l'amendement ne peut prendre effet à l'égard des membres qui l'ont accepté que si deux-tiers des membres de l'OMC notifie l'instrument d'acceptation. Au mois de juillet 2014, nous pouvons relever 52 signatures sur les 102 nécessaires à l'entrée en vigueur.

Le Protocole de 2005 prévoyait un délai d'acceptation jusqu'au 1^{er} décembre 2007. Cette date a été repoussée au 31 décembre 2009, puis au 31 décembre 2013, puis au 31 décembre 2015. A défaut d'entrée en vigueur, nous appliquons aujourd'hui les obligations prévues dans la décision transitoire de 2003.

318. Raisons de l'insuccès. Dans le rapport au Conseil Général sur le réexamen annuel de la Décision sur la mise en œuvre du paragraphe 6, l'Union Européenne *« a [à plusieurs reprises déjà] déploré que les amendements apportés à l'Accord sur les ADPIC n'aient pas encore été ratifiés par l'ensemble des Membres. [...]. En effet, il est très difficile de comprendre comment des pays qui ont des problèmes d'accès aux médicaments, et qui en rejettent la faute principalement sur le système de propriété intellectuelle [refusent les facilités qui leurs sont*

⁸⁸⁶ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 25, 26 et 28 octobre et 6 décembre 2005 », IP/C/M/49, 31 janvier 2006, n°214

offertes] »⁸⁸⁷. Il nous faut pourtant relativiser les faits et expliquer les différentes raisons pour lesquelles l'instrument peut ne pas être encore entré en vigueur :

- Les procédures nationales : Comme le remarque le Conseil des ADPIC dans son rapport au Conseil Général, de nombreuses indications permettent d'affirmer qu'« *un certain nombre de Membres progressent activement en ce qui concerne l'acceptation du Protocole* »⁸⁸⁸. Ces pays, qui *de facto* ont accepté l'amendement, subissent les difficultés des procédures d'acceptation telles qu'elles sont prévues au sein de leurs Constitutions. Ainsi, par exemple, la délégation du Vietnam avait informé le Conseil des ADPIC lors de sa réunion du 5 juin 2012 qu'elle était en train de préparer son acceptation du Protocole et espérait que les procédures nationales s'achèvent avec rapidité⁸⁸⁹. Cependant, le Vietnam n'a toujours pas transmis son instrument d'acceptation à l'heure de cette étude.
- La prorogation des périodes transitoires pour les pays les moins avancés : dans un communiqué de presse du 6 décembre 2005, l'OMC rappelle que « *[l'amendement] intervient une semaine après que les Membres de l'OMC sont convenus de proroger la période de transition pour les pays les moins avancés, en leur laissant jusqu'au 1er juillet 2013 pour assurer la protection des marques de fabrique ou de commerce, du droit d'auteur, des brevets et des autres droits de propriété intellectuelle conformément à l'Accord de l'OMC. Les pays les moins avancés avaient déjà obtenu une prolongation jusqu'en 2016*⁸⁹⁰ pour assurer la protection des produits pharmaceutiques par des brevets »⁸⁹¹. A la lecture de la carte n°6, nous pouvons en effet constater que les pays les moins avancés n'ont pas encore accepté l'amendement alors que ce dernier prévoyait une flexibilité qui s'appliquait automatiquement à leur égard. Cette position peut en effet s'expliquer par le fait que, n'ayant pas encore l'obligation d'appliquer la protection par le brevet aux produits pharmaceutique, il n'est pas dans les priorités nationales d'en accepter une exception.

⁸⁸⁷ OMC, « Réexamen annuel de la Décision sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique », 23 octobre 2013, IP/C/66, p. 11.

⁸⁸⁸ OMC, « Réexamen annuel [de 2013] », op. cit., p. 4.

⁸⁸⁹ OMC, « Réexamen annuel de la Décision sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique », 26 novembre 2012, IP/C/63, p. 3.

⁸⁹⁰ Ce délai a été prorogé jusqu'en 2033 suite à la décision du Conseil du 6 novembre 2015.

⁸⁹¹ http://www.wto.org/french/news_f/pres05_f/pr426_f.htm (consulté le 1er juillet 2016).

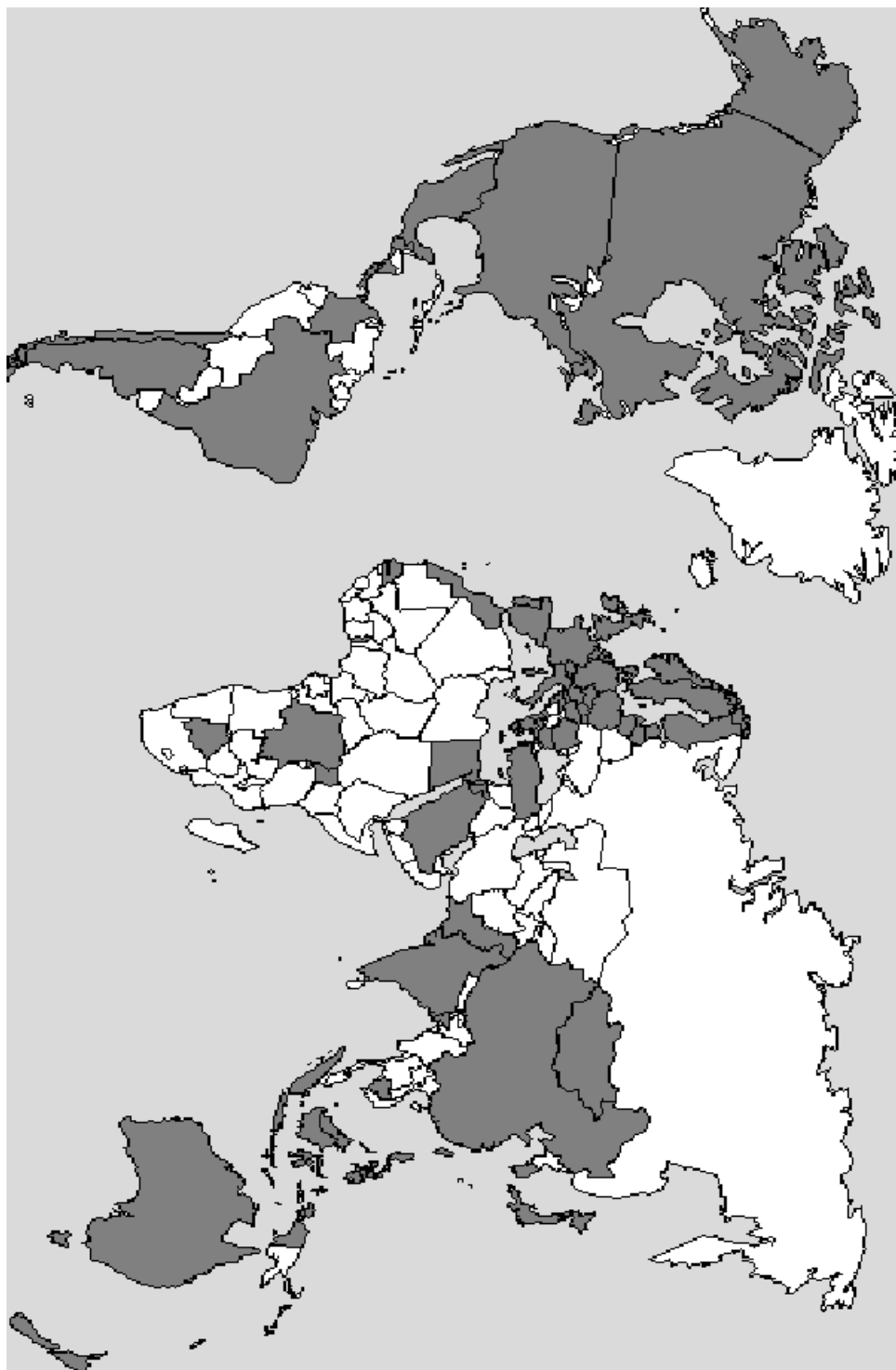
- Le besoin d’assistance technique : bien que l’acceptation du Protocole et la mise en œuvre du système prévu au paragraphe 6 de la Déclaration de Doha au niveau national soient deux actes totalement distincts, de nombreuses délégations ont demandé une assistance législative afin d’étudier la manière d’intégrer le système dans leur législation interne. Comme le rappelle le représentant de l’OMPI au Conseil des ADPIC : *« le système, qui est l’une de ces flexibilités que plusieurs pays considèrent comme faisant partie de leurs politiques d’accès aux médicaments, a régulièrement fait l’objet d’une assistance législative et en matière de politique générale de la part de l’OMPI »*⁸⁹². Ainsi, par exemple, la question de l’incorporation en droit interne des questions de droit des brevets touchant aux politiques sanitaires a été traitée dans le cadre d’un séminaire régional à l’intention de certains pays d’Amérique latine et des Caraïbes sur la mise en œuvre et l’utilisation de plusieurs flexibilités liées aux brevets, organisé à Bogota le 6 février 2012, et de la deuxième réunion d’experts de la propriété intellectuelle du Marché commun de l’Afrique orientale et australe (COMESA), organisé à Lusaka le 23 novembre 2011⁸⁹³.
- La critique du système : enfin, certains pays présentent toujours une certaine méfiance envers le système mis en place par le Protocole de 2005, notamment au regard de sa faible utilisation.

⁸⁹² OMC, « Réexamen annuel [de 2012] », op. cit., p. 11.

⁸⁹³ Idem.

CARTE N°6 : PAYS AYANT ACCEPTE L'AMENDEMENT DU 6 DECEMBRE 2005

(Au 1^{er} aout 2014)⁸⁹⁴



⁸⁹⁴ Les pays ayant accepté l'amendement de 2005 sont grisés.

II – L’appréhension des solutions proposées

319. Plan. Les informations énoncées précédemment sur les difficultés d’entrée en vigueur du Protocole de 2005 révèlent les préoccupations des Etats-membres de l’OMC. Parmi le discours contestataire, nous retrouvons d’une part certains Etats émergents qui n’ont pas été convaincus par l’expérience acquise lors des différentes utilisations du système (A), et d’autre part les organisations non gouvernementales qui, par leur expertise, dissuadent les Etats émergents d’adopter un régime définitif sans en avoir apprécié toutes les conséquences (B).

A – La pratique des licences obligatoires appréhendée par les Etats

320. Plan. Lors des réunions du Conseil général concernant le réexamen annuel de la Décision sur la mise en œuvre de la Déclaration de Doha, plusieurs délégations se sont montrées intéressées par l’expérience acquise par les Etats-membres ayant utilisé ou envisagé d’utiliser le système afin de mieux cerner les obstacles et les préoccupations liés à la notification de leurs besoins à l’OMC. Deux exemples ont alors été soumis au Conseil par le Canada (1) et l’Inde (2).

1 – L’exemple canadien

321. Déroulement de la procédure. Le Rwanda a été le premier pays ne disposant pas de capacité de fabrication dans le domaine pharmaceutique⁸⁹⁵ à bénéficier du système mis en place par la Décision du 30 août 2003. En effet, en vertu du paragraphe 2 b) de la Décision, le gouvernement rwandais a notifié auprès du Conseil des ADPIC son intention d’importer 260.000 boîtes d’Apo-Triavir (trithérapie contre le VIH), fabriquées par la société canadienne Apotex⁸⁹⁶. Il a également notifié son intention d’invoquer le paragraphe 7 de la Déclaration de Doha afin de suspendre l’application des droits de brevets liés sur son territoire. Bien entendu, le Rwanda, en tant que pays les moins avancés, pouvait bénéficier automatiquement du

⁸⁹⁵ Cf. carte n°5.

⁸⁹⁶ OMC, « Notification au titre du paragraphe 2A) de la Décision du 30 août 2003 sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l’Accord sur les ADPIC et la santé publique », 19 juillet 2007, IP/N/9/RWA/1.

système mis en place par le Protocole du 30 août 2005 sans avoir à justifier de sa qualité de pays importateur admissible.

Le Canada a donc été le premier pays à délivrer une licence obligatoire à des fins d'exportation en vertu du système étudié. Le 4 septembre 2007, Apotex a déposé sa demande de licence obligatoire en conformité avec le régime canadien d'accès au médicament, qui a été accepté par la commissaire au brevet le 19 septembre 2007. Le gouvernement canadien a alors :

- Conformément au paragraphe 2 c) de la Décision de 2003, notifié l'octroi d'une licence ainsi que les modalités de celle-ci et a fourni les renseignements nécessaires pour l'identification des produits visés.
- Conformément au paragraphe 2 c)(iii) de la Décision de 2003, notifié l'adresse du site Web sur lequel le titulaire de la licence a fait figurer les renseignements sur les qualités et les caractéristiques distinctives des produits (modification des emballages, etc.) à destination du public.
- Conformément au mécanisme de révision automatique prévu par la législation canadienne, invité le public à commenter l'organisation de la licence. L'examen achevé, le gouvernement a déposé un rapport selon lequel « *l'élaboration du cadre du Régime a posé pour le Canada le défi unique de mettre sur pied un système sans précédent d'octroi de licence obligatoire pour l'exportation qui puisse promouvoir les objectifs humanitaires de la dérogation tout en respectant les règles du commerce international et en préservant l'intégrité du système de brevets à l'échelle nationale* »⁸⁹⁷.

⁸⁹⁷http://www.camr-rcam.gc.ca/doc/camr_rcam_report_rapport-fra.php (consulté le 1er juillet 2016).

DATES	FAITS
Mai 2005	Le Régime canadien d'accès aux médicaments entre en vigueur.
Décembre 2005	Apotex demande l'approbation des autorités canadiennes pour produire le médicament générique.
Juin 2006	La production est approuvée. Apotex recherche alors des clients potentiels
Juillet 2007	Le Rwanda est identifié comme client et notifie à l'OMC son intention d'importer le médicament. Apotex dépose une demande de licence volontaire qui est rejetée.
Septembre 2007	Apotex dépose une demande de licence obligatoire auprès des autorités canadiennes le 4 septembre. La licence est accordée le 19 septembre.
Octobre 2007	Le Canada notifie à l'OMC son intention d'exporter le médicament.
Mai 2008	Apotex annonce qu'il a remporté l'appel d'offre lancé par le Rwanda et commence la production.
Septembre 2008	La première moitié des médicaments est livrée.
Septembre 2009	La seconde moitié des médicaments est livrée.

TABLEAU N°8 : CHRONOLOGIE DE L'UTILISATION DU SYSTEME MIS EN PLACE PAR LE PARAGRAPHE 6 DE LA DECLARATION DE DOHA PAR LE CANADA.

322. Le délai de mise en œuvre du système. De nombreuses délégations ont félicité le Canada pour son rôle joué dans l'exportation des médicaments vers le Rwanda. En effet, la mise en œuvre du RCAM est un premier pas permettant de convaincre les délégations circonspectes de l'intérêt du système prévu par le Protocole de 2005. Cependant, l'inquiétude partagée entre l'Inde et plusieurs autres délégations⁸⁹⁸ a été présentée lors du « réexamen annuel de la Décision sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique », concernant d'une part le fait qu'il a fallu

⁸⁹⁸ OMC, « Réexamen annuel de la Décision sur la mise en œuvre du paragraphe 6 de la Déclaration de Doha sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique », 18 novembre 2011, IP/C/61, p. 10.

presque trois ans pour que les médicaments visés par la licence parviennent effectivement à destination, et d'autre part le manque de renseignements sur la question de savoir si les patients avaient reçu les médicaments dans les délais. A ce titre, la délégation équatorienne a rappelé que « *le 14 avril 2010, par exemple, l'IEPI avait délivré une licence obligatoire pour le Ritonavir, un médicament de première génération destiné au traitement du VIH/SIDA* », et que, bénéficiant d'autres flexibilités que celle prévue par le Protocole de 2005⁸⁹⁹, « *cette procédure de licence obligatoire avait duré six mois, comparé aux trois ans qu'avait duré la procédure de licence obligatoire dans le cas de l'exportation, au titre du système, du Canada au Rwanda* »⁹⁰⁰.

Face à ces préoccupations, le Canada a rappelé que le retard remarqué n'est pas imputable à des questions administratives car la licence a été accordée dans un délai de quinze jours. En effet, « *le Régime d'accès aux médicaments avait été conçu pour être fondé sur la demande mais, dans ce cas, il avait été piloté par le fournisseur [...] les retards n'avaient pas été occasionnés par le système de l'OMC et le Régime canadien d'accès aux médicaments n'avait pas non plus nécessité beaucoup de temps. Le délai total qui avait été nécessaire pour fournir les médicaments s'expliquait par le temps qu'il avait fallu à l'entreprise canadienne pour trouver un client, puis par la procédure de passation des marchés du Rwanda, qu'il avait fallu respecter* »⁹⁰¹.

Ainsi, mettant de côté les effets dilatoires des circonstances commerciales liées à l'offre et la demande, nous pouvons souligner le bilan positif du RCAM qui a répondu à tous ses objectifs, qui étaient « *de faire en sorte que l'Accord sur les ADPIC et les règles applicables en matière de brevets n'empêchent pas les exportations à des fins humanitaires de médicaments génériques à des prix abordables vers les pays qui étaient dépourvus de capacités de fabrications* »⁹⁰². Ainsi, cet exemple nous montre que le contenu même du Protocole de 2005, mis en application au travers du RCAM, est correct et répond aux objectifs mentionnés dans la déclaration de Doha. Nous pouvons dès lors formuler le postulat que la

⁸⁹⁹ Rappelons en effet que le brevet sur le Ritonavir (Kaletra) a été délivré au bénéfice de la société Abbott en 1997, soit avant l'entrée en vigueur de la loi indienne sur la protection des produits pharmaceutiques. Le Ritonavir peut donc être produit en Inde en tant que générique, ce qui exclut son exportation vers d'autres pays du système prévu par le Protocole de 2005.

⁹⁰⁰ OMC, « Réexamen annuel [de 2010] » op. cit., n°112.

⁹⁰¹ http://www.wto.org/french/news_f/news10_f/trip_02mar10_f.htm (consulté le 1er juillet 2016).

⁹⁰² OMC, « Réexamen annuel [de 2010] » op. cit., n°13.

difficile acceptation du Protocole de 2005 n'est pas due à la « masse » du système proposé, mais bien à sa « raideur ».

323. La transposition du système au niveau interne. D'autres problématiques ont été soulevées lors des réexamens annuels, concernant cette fois la mise en œuvre du système. La première concerne les modalités de transposition. En effet, comme l'Accord sur les ADPIC et la déclaration de Doha, le Protocole de 2005 prévoit un régime minimal que chaque Etat devra transposer en fonction des flexibilités prévues dans ce domaine. L'Inde en 2010⁹⁰³, la Chine en 2011⁹⁰⁴ et Cuba en 2012⁹⁰⁵ ont présenté devant le Conseil des ADPIC leurs inquiétudes quant à la présence de conditions que n'imposait pas le Protocole de 2005 au sein du RCAM : *« étant donné que la Décision était suffisamment détaillée, le délégué a demandé pourquoi il était nécessaire d'imposer des prescriptions supplémentaires, telles que la liste restreinte de médicaments, l'approbation requise de Santé Canada, un délai de deux ans pour l'octroi de licences obligatoires et la liste des pays admissibles⁹⁰⁶ »* ainsi que *« les limitations concernant les prix et les marges de profit pour les fabricants de médicaments génériques⁹⁰⁷ »*. Les conditions ainsi énoncées remettent en cause le champ d'application du système tel qu'il a été débattu.

L'existence de ces conditions n'est en soi pas contraire au Protocole puisqu'elle résulte de la liberté souveraine d'interprétation des traités par les Etats. Concernant la liste des médicaments admissibles, le Canada s'est justifié par la flexibilité de l'Annexe 1 du RCAM qui, régulièrement mise à jour, ne contredisait pas le contenu du Protocole de 2005⁹⁰⁸. Est alors craint la possibilité que ces dispositions puissent être exportées par voie bilatérale, contournant ainsi les débats effectués au sein de l'OMC. Cette peur est d'ailleurs illustrée par

⁹⁰³ OMC, « Réexamen annuel [de 2010] », op. cit., n°21.

⁹⁰⁴ OMC, « réexamen annuel [de 2011] », op. cit., n°12.

⁹⁰⁵ OMC, « Réexamen annuel [de 2012] », op. cit., n°15.

⁹⁰⁶ OMC, « Réexamen annuel [de 2010] », op. cit., n°21.

⁹⁰⁷ OMC, « réexamen annuel [de 2011] », op. cit., n°12.

⁹⁰⁸ Ainsi, la délégation canadienne affirmera que : *« pour ce qui était de l'Annexe 1 du RCAM, elle devait contenir une liste flexible de médicaments ayant fait l'objet d'une approbation préalable et destinés à l'exportation, correspondant aux besoins des pays en développement et des PMA. L'annexe 1 avait été modifiée à deux reprises depuis l'entrée en vigueur du RCAM afin d'ajouter une thérapie, en association fixe, contre le VIH/SIDA, ainsi qu'un médicament destiné au traitement de la grippe en cas de pandémie, à savoir le Tamiflu. La loi canadienne prévoyait également la création avant mai 2008 d'un comité consultatif, composé d'experts dans différentes disciplines de santé, pour faciliter les futurs amendements de l'Annexe 1 »*. OMC, « réexamen annuel [de 2010] », op. cit., n°41.

la délégation indienne, lorsqu'elle a demandé « *si la présence dans la législation nationale de clauses garantissant l'exclusivité des données d'essai pouvait empêcher l'utilisation du système. Cette question s'adressait en particulier aux Membres comme les Etats-Unis et l'Union Européenne, qui ont été les premiers à inclure dans des accords de libre-échange et des accords plurilatéraux ce type de dispositions et d'autres plus strictes que celle de l'Accord sur les ADPIC*⁹⁰⁹ ». Force est alors de constater que le modèle de normes minimales n'est pas adapté aux objectifs de protection de la santé : le Protocole de 2005 n'est pas encore entré en vigueur et déjà le risque de voir ses dispositions contournées au profit de conditions bilatérales plus strictes est pressenti.

324. La viabilité économique du système. Enfin, la seconde problématique, soulevée par la délégation brésilienne, concerne les intérêts économiques d'Apotex et des sociétés pharmaceutiques concurrentes lors de la mise en œuvre du système. Il s'avère en effet que lorsque la société Apotex a remporté l'appel d'offre du Rwanda en 2008, le prix était un élément déterminant. Apotex a en effet indiqué qu'elle pouvait vendre le médicament à son coût de production soit 0.39 dollar par comprimé. Cependant, la compétitivité espérée de ce montant ne fut pas atteinte face à la concurrence : en effet quatre producteurs indiens de génériques, non soumis à une licence sur le brevet en raison de la non-brevetabilité des produits pharmaceutiques sur le territoire indien avant 2005, ont proposé de vendre leur propre version du TriAvir, en dehors du système, à un prix plus bas que celui proposé dans le cadre du RCAM. Alors que le seuil de rentabilité était de 0.39 dollar par comprimé, Apotex n'a remporté l'appel d'offre qu'en proposant un prix de 0.195 dollar par comprimé, provoquant ainsi de lourdes pertes dans la transaction⁹¹⁰.

Le constat est sans appel : l'utilisation d'autres flexibilités prévues par l'Accord sur les ADPIC, comme dans notre exemple la non-brevetabilité de produits pharmaceutiques sur le territoire indien avant 2005, crée une concurrence entre la licence obligatoire et l'exportation parallèle telle que le système prévu au Protocole de 2005 n'est économiquement pas viable. L'exemple du RCAM nous montre une incohérence dans le système puisque ce dernier ne prend pas en compte l'inter-connexité des différentes flexibilités qui ont été accordées au sein

⁹⁰⁹ OMC, « réexamen annuel [de 2012] », op. cit., n°15.

⁹¹⁰ OMC, « réexamen annuel [de 2010] », op. cit., n°49.

de l'Accord sur les ADPIC. En effet, le Protocole de 2005 s'inscrit dans une politique élargie d'accès aux médicaments et de nombreuses délégations, à l'instar de la Suisse, ne considèrent pas ce système comme « *une panacée pour garantir un accès aux médicaments à un prix abordable dans les pays en développement, [mais comme] une contribution que le Conseil des ADPIC avait pu apporter pour relever les défis auxquels était confrontée la santé publique* »⁹¹¹.

Mais si le Protocole n'est qu'une pierre apportée à l'édifice de la santé publique, force est de constater que ce dernier souffre d'une mauvaise architecture, face à ce que nous pourrions appeler un « développement sauvage » des flexibilités : le droit international autant que les législations internes créent de nouvelles flexibilités en faveur de l'accès aux médicaments sans vérifier leur adéquation au régime général provoquant ainsi un court-circuit lors de leur mise en œuvre.

325. L'imbrication des flexibilités. La meilleure illustration est le court-circuit provoqué entre le Protocole de 2005 et la prorogation de la période de transition prévue à l'article 66.1 de l'Accord sur les ADPIC en faveur des pays les moins avancés en ce qui concerne les produits pharmaceutiques jusqu'au 1^{er} janvier 2033. Cette prorogation avait déjà permis à l'Inde de refuser la brevetabilité des produits pharmaceutiques avant 2005 et de produire des versions génériques de médicaments brevetés avant 2005, et de limiter à partir de cette date, la brevetabilité aux seules substances nouvelles. Surtout, cette prorogation retire tout intérêt au système à partir du moment où certains des pays les moins avancés refusent toujours la brevetabilité des produits pharmaceutiques. Deux exemples nous permettent de mieux comprendre l'impact du caractère éphémère des dispositions transitoires sur l'acceptation du Protocole de 2005 :

- Le Cambodge a notifié son acceptation au Conseil des ADPIC le 1^{er} novembre 2011. L'utilisation du système est pourtant inenvisageable à la lecture de l'article 4 de la loi cambodgienne du 22 janvier 2003 : « *Les inventions suivantes peuvent être exclues de la brevetabilité : [...] les produits pharmaceutiques sous réserve de l'article 136 de la présente loi* » (traduction). Cela est sans compter l'article 136 selon lequel : « *Les*

⁹¹¹ OMC, « réexamen annuel [de 2010] », op. cit., n°108.

produits pharmaceutiques mentionnés à l'article 4 de la présente loi peuvent être exclus de la brevetabilité jusqu'au 1^{er} janvier 2016, en conformité avec la déclaration de Doha » (traduction). L'exemple du Cambodge illustre alors la bonne imbrication entre la flexibilité provisoire et la flexibilité pérenne car cette dernière s'appliquera une fois que la première ne sera plus.

- A l'inverse, le Myanmar n'a toujours pas notifié son acceptation au Conseil des ADPIC, et les dispositions d'urgence adoptées par le parlement birman en 1946 et entrées en vigueur en 1993⁹¹² prévoient l'application sur le territoire du Myanmar du régime indien de protection des brevets de 1911. Aucune réforme n'ayant été annoncée à ce jour⁹¹³, il est fort probable que le Myanmar bénéficiera d'une nouvelle prorogation qui tendra à devenir pérenne⁹¹⁴ et à court-circuiter indéfiniment le Protocole de 2005. A l'inverse du Cambodge, l'exemple du Myanmar illustre la mauvaise imbrication entre une flexibilité provisoire qui tend à devenir pérenne et une flexibilité pérenne, car leur contradiction empêche toute cohabitation.

2 – L'exemple indien

326. L'échec de la procédure. Une seconde expérience d'utilisation du système mise en place par le paragraphe 6 de la Déclaration de Doha a été décrite par l'Inde concernant une demande de licences obligatoires pour trois médicaments destinés à être exportés au Népal. Le fabricant de génériques a cependant retiré sa demande très tôt car le pays importateur potentiel n'a pas satisfait les obligations administratives en ne notifiant pas au Conseil des ADPIC son intention d'importer. Selon la délégation indienne, cet exemple indique que les prescriptions de notification sont lourdes et coûteuses au point d'avoir un effet dissuasif pour le producteur de générique : *« [l'une des raisons de ce retrait] tenait au fardeau supplémentaire que constituait le respect des conditions énoncées au paragraphe 2a), b) et c) de la décision de l'OMC, qui comprenaient des prescriptions en matière de notification et des mesures de lutte contre le détournement. [...] Qui plus est, les obligations détaillées imposées aux fournisseurs en vue de distinguer les produits fabriqués en vertu du système, telles que la coloration des comprimés, l'étiquetage et le suivi sur un site web, semblaient non seulement*

⁹¹² L'entrée en vigueur tardive s'explique par l'abrogation en 1993 de la loi birmane sur les brevets de 1945

⁹¹³ www.commerce.gov.mm (consulté le 1er juillet 2016).

⁹¹⁴ http://www.wto.org/french/news_f/news13_f/trip_05mar13_f.htm (consulté le 1er juillet 2016).

coûter de l'argent et prendre du temps, mais elles décourageaient en outre les producteurs de médicaments génériques »⁹¹⁵. Les délégations américaine, néo-zélandaise et européenne ont souhaité recevoir plus d'informations sur les motifs de dissuasion, considérant que le lien entre les conclusions de l'Inde et le retrait n'était pas évident⁹¹⁶. Mais l'absence de réponse précise de la part du fabricant indien et le silence du pays importateur ne permettent pas d'éclaircir ce point de divergence.

327. Comparaison des expériences indiennes. L'exemple indien ne suffit pas à remettre en cause le contenu du Protocole de 2005. Bien que l'Inde ait cité comme cause du retrait de la licence les mesures de lutte contre le détournement, rien ne justifie que ces dernières ne pouvaient pas être mises en œuvre étant donné les capacités de production de la société pharmaceutique Natco.

L'intérêt de cet exemple est alors dans la comparaison que nous pouvons effectuer entre l'utilisation par l'Inde du Protocole de 2005 et l'utilisation par ce même pays des autres flexibilités accordées par l'Accord sur les ADPIC. Ainsi, au-delà de l'échec des trois demandes de licences dans le cadre du système, six cas d'importation parallèle de médicaments en provenance d'Inde ont abouti.

⁹¹⁵ OMC, « réexamen annuel [de 2010] », op. cit., n°16.

⁹¹⁶ OMC, « réexamen annuel [de 2010] », op. cit., n°35.

Date	Importateur	Exportateur	Circonstances de l'exportation
2003	Malaisie	Inde	Licence obligatoire en Malaisie pour importation d'antirétroviraux pour une durée de deux ans
2005	Erythrée	Inde	Licence obligatoire (Erythrée) pour l'importation d'antirétroviraux génériques
2005	Ghana	Inde	Licence obligatoire (Ghana) pour l'importation d'antirétroviraux génériques
2006	Thaïlande	Inde	Autorisation d'importer le générique Efavirenz sur le territoire de Thaïlande
2007	Brésil	Inde	Autorisation d'importer le générique Efavirenz sur le territoire du Brésil
2009	Equateur	Inde	Licence obligatoire (Equateur) pour l'importation du Lopinavir/Ritonavir

**TABLEAU N°9 : IMPORTATIONS PARALLELES DE MEDICAMENTS EN
PROVENANCE D'INDE**

Encore une fois est remise en cause la raideur du système prévu par le Protocole de 2005. L'exemple de la licence obligatoire rwandaise avait déjà été cité pour comparer les délais de délivrance des médicaments dans le pays importateurs⁹¹⁷. Il peut être également utilisé pour illustrer les interrogations de la délégation indienne, à savoir « *pourquoi de telles prescriptions de notification étaient nécessaires alors qu'elles ne l'étaient pas pour une licence obligatoire de routine* »⁹¹⁸. Ce type de dispositions développent une inadéquation entre le système prévu par le Protocole de 2005 et les autres flexibilités prévues par l'Accord sur les ADPIC, ces dernières étant moins restrictives et donc plus favorables aux politiques de santé publiques des pays émergents. Comme nous l'avons remarqué précédemment, ces dispositions restrictives peuvent se justifier tant que les flexibilités connexes restent provisoires. Ces dernières tendant à la pérennité, la raideur du Protocole de 2005 ne lui permet pas de s'insérer efficacement dans les politiques de santé publique.

⁹¹⁷ cf. n°333.

⁹¹⁸ OMC, « réexamen annuel [de 2010] », op. cit., n°16.

B – Le point de vue des organisations non-gouvernementales

328. Rejet de la Décision du 30 août 2003 et du Protocole du 6 décembre 2005⁹¹⁹. En décembre 2005, plusieurs organisations non-gouvernementales – dont Oxfam, Hôpital Assistance International, Health Gap et Act Up – ont milité au sein des pays émergents afin que les gouvernements rejettent le Protocole du 6 décembre 2005 et ainsi refusent que la Décision du 30 août 2003 ne devienne définitive⁹²⁰. Pour CP Tech, la question soulevée est en effet trop importante pour « *se payer le luxe d'adopter une décision, juste pour montrer que l'OMC fonctionne et pense au développement[...]* Les Etats-Unis et l'Union Européenne cherchent à détourner l'attention sur leur absence de mouvement sur l'agriculture et leur attitude hostile au développement dans le domaine des services. Si cela se paie par la mort de patients atteints de maladies curables, les pays du Sud ne doivent pas l'accepter »⁹²¹. MSF renchérit que « *la décision récente de l'OMC de garder un accord qui a prouvé son inefficacité montre à quel point l'OMC ignore la réalité du terrain [...]* Cette décision crée un système pesant, médicament par médicament, pays par pays »⁹²². L'absence de preuve de l'efficacité du système sur le terrain durant la période 2003-2005 n'est cependant pas le seul argument avancé par ces organisations.

329. Remise en cause du champ d'application. L'expertise des organisations non-gouvernementales a principalement porté sur le champ d'application du système et ses conséquences sur le terrain. Les restrictions imposées quant aux maladies visées et aux pays admissibles ont ainsi été considérées comme contraires à l'esprit de la Conférence de Doha. Dans le communiqué de presse de James Love du 19 décembre 2002, le « texte Motta » est décrit comme une manœuvre afin de limiter les débouchés des producteurs de génériques aux pays les moins avancés. Pourtant, comme l'énonce Rachel POLAUD, « *les membres de la Communauté fondent de nombreux espoirs sur les fabricants de génériques : [...] la solution viendra d'eux car eux seuls peuvent fournir des médicaments sûrs à des prix réellement*

⁹¹⁹ Pour plus de détails : R. POLAUD, « L'implication des ONG dans les débats des OIG, le cas de l'aménagement des droits de propriété intellectuelle par l'OMC, l'OMS, l'OMPI entre 1996 et 2006 », op.cit.

⁹²⁰ Act up, CPTech, Consumers International, Essential Action, Health Gap, Médecins sans frontière, Oxfam, « Cancun : Joint statement. WTO deal a gift bound in red tape », communiqué de presse, 10 septembre 2003.

⁹²¹ CPTech, « Joint statement by NGOs on TRIPS and Public Health before HK », communiqué de presse, 4 décembre 2005.

⁹²² MSF, « MSF briefing on the 2nd wave of the access crisis for WTO Ministerial in HK », communiqué de presse, 11 décembre 2005.

*abordables et leur présence sur le marché est le meilleur gage d'une réelle concurrence, qui permettra de faire baisser les prix et de les maintenir à un niveau acceptable »*⁹²³. Tous les critères de limitations que nous avons étudiés jusqu'ici ont alors été remis en cause :

- Martin Khor a déclaré qu'une liste exhaustive, même élargie, de maladies pouvant donner lieu à une licence obligatoire était immorale. Cette position est partagée par Oxfam pour qui l'esprit de Doha concerne « *tous les médicaments et toutes les maladies* »⁹²⁴ : la question avait déjà été soulevée lors de la Conférence de Doha et un consensus était apparu autour d'une liste non-exhaustive.
- Lorsqu'en 2003 est proposé de conditionner l'octroi des licences obligatoires aux cas d'urgence nationale ou d'extrême urgence, les organisations internationales se sont indignées que les pays les moins avancés doivent attendre qu'une telle situation advienne pour être autorisés à importer le médicament. D'une part l'importation de médicaments devrait avoir pour effet d'éviter un cas d'urgence sanitaire, et non le combattre⁹²⁵. D'autre part, une discrimination est créée entre les pays pourvus d'une industrie pharmaceutique qui peuvent octroyer une licence en toute circonstance, et les pays sans industrie pharmaceutique qui sont limités aux cas d'urgence nationale ou d'extrême urgence⁹²⁶.
- La limitation des pays admissibles aux pays ne disposant pas ou peu d'industries suffisantes est également remise en cause car si ce critère permet aux pays industrialisés d'exporter vers les pays émergents, il ferme complètement les marchés des pays industrialisés aux producteurs de génériques des pays émergents, alors que des conditions d'urgence sanitaire sont envisageables.

330. Remise en cause des dispositions restrictives. L'expertise des organisations non-gouvernementales a également porté sur la difficulté de mise en œuvre des licences obligatoires comme frein à la distribution effective des médicaments dans les pays émergents,

⁹²³ R. POLAUD, « L'implication des ONG dans les débats des OIG, le cas de l'aménagement des droits de propriété intellectuelle par l'OMC, l'OMS, l'OMPI entre 1996 et 2006 », op. cit., p. 161.

⁹²⁴ James Love, « TWN, CPTEch, Oxfam release on Doha negotiation : deadlock over scope of diseases threatens to kill solution », communiqué de presse, 27 novembre 2002.

⁹²⁵ CPTEch, « Joint NGOs response to US proposal on IPRs, Innovation and Public Health at the 56th WHA », communiqué de presse, 23 mai 2003.

⁹²⁶ Médecin Sans Frontière, Healthcare Associated Infections, Oxfam, « MSF/HAI/Oxfam on paragraph 6 for EP », communiqué de presse, 10 février 2003.

invitant les pays membres de l'OMC à réfléchir à une nouvelle version de la Décision du 30 août 2003, dégagee de toute procédure inutile ralentissant l'importation ou l'exportation de produits pharmaceutiques. Parmi les dispositions procédurales mises en cause, nous retrouvons l'existence d'une double licence, la notification à l'OMC, et la discrimination entre les pays pourvus et dépourvus d'industrie pharmaceutique dans la complexité des procédures : *« L'OMC a adopté un mécanisme de 52 mots approuvé par le Parlement européen en 2002 et créé un labyrinthe bureaucratique de 3200 mots qui a été clairement conçu pour freiner et compromettre l'objectif de protéger la santé publique et de promouvoir l'accès à la médecine pour tous. L'OMC exige la délivrance de deux licences obligatoires lorsque le nouveau mécanisme est utilisé ; Elle a ajouté de nombreuses contraintes sur les pratiques commerciales des sociétés génériques ; Elle a introduit une couche d'incertitude supplémentaire en déclarant que le système ne devrait pas constituer un instrument pour atteindre les objectifs de la politique industrielle ou commerciale, ce qui crée une incertitude quant au rôle que joueront les entreprises qui fabriquent et vendent des médicaments génériques ; La décision ne permet pas de savoir si l'efficacité économique est ou non un motif pour déterminer le manque de capacité de fabrication dans le pays importateur. Le manque de clarté sur cette question a été défendu en tant que « ambiguïté créative », mais déjà les États-Unis disent aux Philippines et à d'autres pays qu'ils s'opposeront à « l'efficacité économique » pour justifier l'importation de génériques ; L'accord confère à l'OMC un nouveau pouvoir de prévoir et d'interférer dans l'octroi de licences obligatoires individuelles à des sociétés génériques ; Les États-Unis et d'autres économies développées ont maintenant plus de possibilités de faire pression et d'empêcher les pays en développement de délivrer des licences obligatoires »*⁹²⁷.

⁹²⁷ Act Up, CPTEch, Consumers International, Essential Action, Health Gap, Médecin Sans Frontière, Oxfam, op. cit. (traduction).

Chapitre 2

La protection de la biodiversité et la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique

331. Un nouveau blocage des négociations. A l'instar de la problématique concomitante de l'accès aux médicaments, la question de la protection de la biodiversité au travers de l'imbrication entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique a atteint son point de rupture, caractérisé par la cessation des négociations lors de la Conférence de Seattle de 1999 dont le point culminant aura été l'annulation en mai 2006 de la session ordinaire du Comité permanent du droit des brevets. Ce blocage a « *paralysé à nouveau les efforts déployés depuis longtemps par les pays développés détenteurs de la plupart des brevets dans le monde pour harmoniser les systèmes des brevets à travers l'OMPI* »⁹²⁸. Etaient alors remis en cause le programme de travail excluant les neuf questions préoccupantes pour les pays émergents lors des débats : « *le développement et la marge de manœuvre dans le domaine du droit international des brevets, les exclusions de la brevetabilité, les exceptions aux droits attachés au brevet, les pratiques anticoncurrentielles, la divulgation de l'origine des ressources génétiques, le consentement préalable en connaissance de cause et le partage des avantages, les mécanismes effectifs de contestation de la validité des brevets, le caractère suffisant de la divulgation, le transfert de technologie, et les autres modes de promotion de l'innovation* »⁹²⁹.

332. Historique. La question de la biodiversité⁹³⁰ est apparue dès l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC. La Convention sur la diversité biologique dont l'entrée en vigueur lui est antérieure de deux ans fait référence à ce traité. Elle s'est développée de manière anarchique autour de différents points de droit tels que l'environnement, la reconnaissance des

⁹²⁸ <http://www.ip-watch.org/2006/05/18/les-efforts-dharmonisation-du-droit-des-brevets-a-nouveau-paralyses-a-lOMPI/> (consulté le 1er juillet 2016).

⁹²⁹ Idem.

⁹³⁰ Souvent la question de la biodiversité est jointe à celle des savoirs traditionnels, étant donné leurs rattachements aux communautés autochtones. Nous nous concentrerons cependant sur la question de la biodiversité dans cette étude.

populations autochtones ou la propriété matérielle des végétaux, jusqu'en 1999. Cette année correspond en effet à celle du réexamen de l'article 27.3b) de l'Accord sur les ADPIC.

Alors que plus d'une trentaine de documents d'observation ont été déposés par les groupes d'Etats-membres auprès du Secrétariat générale de l'OMC entre 1999 et 2006, ce dernier a émis une note relative à « la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique »⁹³¹ le 8 février 2006 qui est encore aujourd'hui la dernière référence mise à jour à l'OMC à cause de la paralysie des négociations. Alors que le Directeur général Pascal Lamy a tenté de rouvrir les débats en 2011, les opinions des Etats-membres continuaient à diverger sur cette question.

333. Plan. Pour comprendre cette paralysie au sein de l'OMC, nous appliquerons la méthode de gestion de crise que nous avons définie précédemment afin de mettre en corrélation l'ampleur de la crise (section 1) aux solutions proposées par les différents Etats-membres ayant pour objet la révision l'article 27.3B) de l'Accord sur les ADPIC (section 2).

Section 1 – Définition de la crise sur la biodiversité

334. Plan. Afin de mieux saisir l'amplitude de la crise qui a déclenché la rupture des négociations et l'annulation de la session ordinaire du Comité permanent du droit des brevets et qui a orienté les débats lors de la Conférence de Doha, nous définirons en premier lieu la source même de la crise (I), avant d'étudier l'impact des éléments excitatifs sur son fonctionnement (II)

I – L'objet de la crise

335. Plan. Pendant longtemps la question de la biodiversité s'est développée de manière anarchique autour de points de droit indépendants tels que l'environnement, la reconnaissance des populations autochtones ou la propriété matérielle des végétaux, ce qui a rendu l'objet de

⁹³¹ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », 8 février 2006, IP/C/W/368/Rev.1.

la crise difficilement identifiable. Ainsi, si une grande partie de la doctrine s'est initialement intéressée au statut des ressources génétiques, lançant le débat de la possible contrariété entre deux statuts concurrents imposés par le droit des brevets (A), la question s'est très vite recentrée sur le partage des avantages et les transferts de technologie (B).

A – L'interférence des conventions concernant le droit d'accès aux ressources génétiques

336. Plan. Les premières craintes présentées par les Etats-membres de l'OMC ont porté sur le possible changement de statut des ressources génétiques dans la relation entre le tangible protégé par la Convention sur la diversité biologique, et l'intangible, apanage de l'Accord sur les ADPIC. Ce statut est pourtant défini par la Convention sur la diversité biologique (1), en fonction des droits d'accès aux ressources génétiques réglementés par les législations nationales (2).

1 –Le statut des ressources génétiques au sein de la CDB

337. Patrimoine commun de l'humanité. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la CDB en 1993, les ressources phytogénétiques étaient considérées comme partie intégrante du patrimoine commun de l'humanité et, de ce fait, étaient théoriquement libres d'accès pour toutes les industries intéressées⁹³². Ce principe fut en effet consacré en 1983 par la FAO dans son Engagement International sur les Ressources Phytogénétiques⁹³³. C'est pourquoi les premières versions de la CDB, élaborées par les associations environnementales, reprirent une formule identique.

Cependant, malgré un régime de libre accès favorable à leurs intérêts, les pays industrialisés se sont beaucoup inquiétés de leur dépendance en matière première qui conférait un avantage

⁹³² Le principe d'héritage commun de l'humanité s'applique toujours aux fonds marins, à l'Antarctique et à la Lune qui, contrairement aux ressources phytogénétiques, se trouvent à l'extérieur des frontières nationales.

⁹³³ <http://www.fao.org/ag/CGRFA/French/iu.htm> (consulté le 1er juillet 2016).

stratégique évident aux pays fournisseurs : « *dans de nombreux cas, les pays reconnaîtront l'importance des ressources naturelles et commenceront à faire des efforts plus forts pour en limiter l'accès* »⁹³⁴. En effet, les pays émergents, profitant de leur supériorité numérique au sein des fora internationaux, ont très vite réclamé une reconnaissance de leur souveraineté nationale sur les ressources génétiques situées sur leur territoire afin de lever les difficultés que soulève la protection d'une ressource en libre accès⁹³⁵.

338. La soumission à la souveraineté de l'Etat. La Conférence de la FAO de 1991 a alors apporté une solution en précisant que « *la notion de patrimoine commun de l'humanité, telle qu'elle est appliquée dans l'Engagement International sur les ressources phytogénétiques, est subordonnée au principe de la souveraineté des Etats sur leurs ressources phytogénétiques* »⁹³⁶. Cette solution est alors reprise à l'article 3 de la CDB qui énonce que « *conformément à la charte des Nations-Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale* ». Comme l'énonce Jean-Frédéric MORIN, ici « *la notion de patrimoine commun de l'humanité se trouve dès lors significativement réduite en simple préoccupation commune de l'humanité* »⁹³⁷. La souveraineté de l'Etat, sans valoir droit de propriété, donne alors la légitimité nécessaire aux juridictions nationales pour en contrôler l'accès.

⁹³⁴ J. MURRAYU, « Biological diversity and genetic engineering », Department of State, Proceedings of the US Strategy Conference on Biological Diversity, Washington, 1981, cite dans J.-F. MORIN, « La Convention sur la diversité biologique et l'Accord sur les ADPIC : un débat Nord/Sud sur la propriété des ressources phytogénétiques », Institut Québécois des Hautes Etudes Internationales, 2002, p. 18 (traduction).

⁹³⁵ F.-D. VIVIEN, « Economie et écologie », La découverte, 1994, p. 70.

⁹³⁶ S. LAVALLE, « Les relations Nord-Sud dans la Convention internationale sur la biodiversité », Thèse de l'Université de Laval, 1998, p. 119.

⁹³⁷ G. DUTFIELD, « Intellectual property rights, trade and biodiversity : seeds and plant variety », The World Conservation Union, 2000, p. 66 ; D. POSEY et G. DUTFIELD, « Le marché mondial de la propriété intellectuelle : droits des communautés traditionnelles et indigènes », Centre de recherches pour le développement international, Fonds Mondial pour la Nature, 1997, p. 262 ; D. POSEY et G. DUTFIELD, « Plants, patents and traditional peoples », dans G. VAN OVERWALLE, « Patent law, ethics and biotechnology », Bruylant, 1998, p. 114.

339. Le prétendu transfert de propriété industrielle. L'une des questions posées lors des débats sur la modification de l'article 27.3 de l'Accord sur les ADPIC a été de déterminer si la brevetabilité des inventions biotechnologiques emportait ou non transfert de propriété sur des ressources phytogénétiques. Cette thèse, souvent reprise par la doctrine⁹³⁸, est décrite par Jean-Frédéric MORIN selon les termes suivants : *« lorsque les ressources phytogénétiques relevaient du patrimoine mondial, les pays industrialisés purent profiter du libre accès pour effectuer sans restriction de la bioprospection. Les entreprises de biotechnologie s'approprièrent alors librement les ressources phytogénétiques des agriculteurs du Sud et des communautés autochtones et locales sans obtenir leur consentement et sans offrir de compensation. Ils exploitèrent ensuite ces ressources phytogénétiques pour développer des avancées technologiques, comme une nouvelle variété ou un nouveau médicament, qui furent ensuite protégées par des droits de propriété intellectuelle. Plus encore, certaines entreprises profitèrent des législations qui octroient des brevets au premier demandeur, et non à l'inventeur réel, pour s'approprier des inventions locales. Puis, ils revendirent leurs produits aux pays du Sud qui durent non seulement payer des prix monopolistiques mais, et c'est ce qu'on attendait d'eux, conserver les sites d'origine des ressources qui ont servi à la fabrication des produits. Ce transfert du domaine public à la propriété privée fut considéré par plusieurs comme de l'usurpation, de la biopiraterie »*⁹³⁹. Aujourd'hui, alors même que les textes n'ont pas été modifiés, ces accusations ne reflètent plus la réalité.

D'une part, face aux accusations de biopiraterie, les pays industrialisés ont pu rappeler que les inventions biotechnologiques concernées sont technologiquement éloignées des intrants biologiques, et que le brevet emporte l'appropriation de l'invention et non de la ressource génétique en tant que telle. Rappelons en effet que le droit des brevets, tel qu'il est perçu dans de nombreux pays industrialisés, est conditionné par l'article 27.1 de l'Accord sur les ADPIC : l'obligation d'activité inventive n'autorise pas la brevetabilité d'éléments de la nature dont l'existence ne résulte pas d'une activité humaine et l'obligation de nouveauté absolue ne permet pas de breveter une invention résultant d'un savoir-faire traditionnel antérieur. Par conséquent, aucun droit de propriété intellectuelle ne peut empêcher les

⁹³⁸ Nous pouvons noter la thèse de M. FRANCHETEAU, « Commerce international des biotechnologies végétales et conservation de la diversité biologique », thèse de l'Université de Nantes, 2008.

⁹³⁹ J.-F. MORIN, « La Convention sur la diversité biologique et l'Accord sur les ADPIC : un débat Nord/Sud sur la propriété des ressources phytogénétiques », Institut Québécois des Hautes Etudes Internationales, 2002, p. 18.

populations des pays pourvoyeurs de ressources de continuer à utiliser leurs cultivars traditionnels.

D'autre part, le discours des pays pourvoyeurs de ressources a également été modifié au cours des négociations, ne mettant plus en avant l'existence d'un transfert de propriété sur les ressources phytogénétiques, mais une crainte qu'un tel transfert existe. N'est alors plus remis en cause le contenu du droit des brevets mais les possibles dérives liées à son application. Ainsi, le Brésil et le Pérou ont déclaré que des problèmes de compatibilité entre la CDB et l'Accord sur les ADPIC pouvaient être révélés dans les cas où les Etats-membres n'appliquaient pas assez strictement les critères de brevetabilité et délivraient des brevets trop étendus. Leurs préoccupations se sont alors concentrées sur des points que nous avons étudiés précédemment⁹⁴⁰ :

- Le Kenya⁹⁴¹ a exprimé sa crainte que « *l'obligation énoncée dans l'Accord sur les ADPIC de protéger les microorganismes par un brevet n'entraîne la délivrance de brevets pour du matériel génétique à l'état naturel, notamment parce que certains Membres incluent dans leur définition des inventions la découverte d'un matériel existant dans la nature* »⁹⁴².
- Le Brésil⁹⁴³ a exprimé sa crainte de voir se développer la délivrance de brevets portant sur le matériel génétique qui a été simplement isolé de la nature et n'a pas été modifié à d'autres égards. A ce titre se pose en effet la controverse sur la purification du gène comme activité humaine.
- Le Brésil⁹⁴⁴, la Colombie⁹⁴⁵, l'Inde⁹⁴⁶, l'Indonésie⁹⁴⁷, le Pérou⁹⁴⁸, la Thaïlande⁹⁴⁹, la Turquie⁹⁵⁰ et le Venezuela⁹⁵¹ ont remis en exergue la question de la délivrance de

⁹⁴⁰ Cf n°191.

⁹⁴¹ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 21 et 22 septembre 2000 », 23 novembre 2000, IP/C/M/28, n°141.

⁹⁴² OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit., n°21.

⁹⁴³ OMC, « Examen de l'article 27.3B) : communication du Brésil », 24 novembre 2000, IP/C/W/228, n°7-10.

⁹⁴⁴ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 14 et 15 juin 2005 », 15 septembre 2005, IP/C/M/48, n°37.

⁹⁴⁵ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 1^{er} et 2 décembre 2004 », 11 janvier 2005, IP/C/M/46, n°57.

⁹⁴⁶ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 14 et 15 juin 2005 », op. cit., n°57-59.

⁹⁴⁷ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 8, 9 et 31 mars 2005 », 3 juin 2005, IP/C/M/47, n°57.

brevets indus pour des inventions qui ne répondent pas aux conditions de brevetabilité telles qu'elles ont été définies au sein de l'Accord sur les ADPIC, car « *le système des brevets tel qu'il fonctionne actuellement crée souvent des situations dans lesquelles des inventions sont jugées conformes aux critères de la nouveauté ou de l'activité inventive alors qu'elles ne devraient pas l'être* ». Reconnaissant en effet que le droit des brevets actuel ne permet pas la brevetabilité des ressources génétiques en tant que telles, les craintes sont alors orientées vers les brevets indument délivrés, en raison notamment d'une insuffisance des renseignements mis à la disposition de l'examineur. Nous ne nous inquiéterons cependant pas de cette question car des procédures d'opposition après délivrance, ou de réexamen, peuvent remédier aux cas dans lesquels un brevet a été délivré à tort, comme nous l'ont démontré les exemples des brevets sur le Curcuma ou le Neem.

Enfin, concernant les savoir-faire traditionnels, il est indéniable que ces derniers ont posé un défi titanesque au Conseil des ADPIC comme à l'OMPI, car les difficultés posées par leur définition et le statut juridique ne permettent pas une protection efficace. Nous noterons simplement les avancées amorcées dans la Déclaration de Doha qui pourront faire l'objet d'autres recherches.

2 – Le droit d'accès aux ressources génétiques

340. Article 15 de la Convention sur la Diversité Biologique. « *Etant donné que les Etats ont un droit de souveraineté sur leurs ressources naturelles, le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient aux gouvernements et est régi par les législations nationales* ». Cet article réaffirme la souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles selon la théorie classique du droit international privé et en déduit le régime juridique de l'accès aux ressources génétiques : il appartient à chaque pays d'adopter les législations

⁹⁴⁸ OMC, « Paragraphe 3B) de l'article 27, relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, la protection des savoirs traditionnels et du folklore : communication du Pérou », 8 juin 2005, IP/C/W/447, p. 2.

⁹⁴⁹ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 20 et 21 octobre 1999 », 22 décembre 1999, IP/C/M/25, n°78.

⁹⁵⁰ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 8, 9 et 31 mars 2005 », op. cit. n°63.

⁹⁵¹ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 4 et 5 juin 2003 », 22 août 2003, IP/C/M/40, n°102.

nécessaires pour subordonner les collectes et exportations à son consentement exprès et préalable, qui se traduisent concrètement par une procédure de délivrance de permis nécessaires à la bioprospection.

La flexibilité de cette disposition est bien sûr évidente et met en exergue deux types de législations :

- Les pays émergents, principaux fournisseurs de ressources génétiques, que la CDB est censée favoriser, optent généralement pour des dispositions précises permettant d'établir un statut général des ressources biologiques et des compétences étatiques pour délivrer les permis de bioprospection. Ces dispositions ont en effet pour but de protéger les avantages économiques liés aux ressources génétiques en limitant leur accès à des conditions convenues par les autorités compétentes.
- Les pays industrialisés, évitant toute subordination de la propriété industrielle aux régimes d'accès aux ressources génétiques, optent quant à eux pour un régime imprécis, mêlant protection de l'environnement et propriété foncière. Cette absence de disposition précise marque en effet un désintérêt certain de la protection de la diversité biologique – en dehors d'exceptions comme la création des parcs nationaux – au profit d'une liberté d'accès aux fins d'exploitation industrielle.

341. Exemple : la Communauté Andine. Ainsi, les règles régissant l'accès aux ressources génétiques dans le cadre de la Communauté Andine sont énoncées dans les décisions 391 sur l'accès aux ressources génétiques, 486 sur la propriété industrielle et 523 sur la stratégie régionale applicable à la biodiversité. La décision 391 est unique en son genre car elle distingue clairement le statut juridique des ressources génétiques à celui des ressources biologiques qui les contiennent. Ainsi, si les secondes peuvent relever des droits de propriété privés ou collectifs – comme le droit au sol – les premières sont considérées comme inaliénables, sans préjudice du droit de propriété grevé aux ressources biologiques qui les contiennent : conformément à l'article 1, les Etats andins distinguent donc entre le fournisseur de la ressource biologique qui est « *une personne autorisée, en vertu de la présente décision et de la législation nationale complémentaire, à fournir, par le biais du contrat d'accès, la ressource biologique qui renferme la ressource génétique ou ses dérivés* », et le fournisseur de la ressource génétique qui est « *une personne autorisée, en vertu de la présente décision et de la législation complémentaire, à fournir, par le biais du contrat d'accès, l'élément*

intangible se rattachant à la ressource génétique ou à ses dérivés ». L'accès aux ressources génétiques passant obligatoirement par l'accès aux ressources biologiques, elle ne devient donc possible que si elle est consentie par les deux types de fournisseurs, permettant ainsi qu'aucun acteur – l'Etat ou les populations autochtones – ne soit lésé. Bien sûr, comme nous le verrons⁹⁵², ces dispositions influent sur les questions de propriété intellectuelle puisque la conclusion d'un contrat d'accès sera obligatoire pour assurer la validité du brevet dans ces pays.

342. Exemples : le Canada et l'Australie. A l'inverse des pays andins qui disposent d'une législation étoffée en la matière, la question de l'accès aux ressources est plus compliquée dans les pays de tradition anglo-saxonne.

Tout d'abord, ces pays ont pour particularité d'appliquer un système fédéral de gouvernement qui partage les compétences entre les différents échelons administratifs. La responsabilité ainsi partagée augmente les difficultés de compréhension commune de la question dans l'ensemble des territoires.⁹⁵³

Ensuite, il n'existe pas dans ces pays quelque législation que ce soit concernant l'accès aux ressources ou le partage des avantages, mis à part des lois ou politiques qui ont des implications directes sur le statut des ressources génétiques du pays que ce soit au niveau fédéral qu'à celui des communautés aborigènes⁹⁵⁴ : ces lois s'appliquent alors aux parcs nationaux, réserves biologiques, pêche, espèces en voie de disparition, communauté aborigènes etc.

Néanmoins, ces lois ne fournissent aucune réponse quant à la compétence générale pour accorder un droit d'accès aux ressources génétiques. Dans le système juridique australien, conformément aux principes de la Common Law, il est soutenu que l'Etat fédéral, les Etats fédérés mais aussi les individus sont propriétaires des ressources génétiques qui se trouvent

⁹⁵² Cf. n°375.

⁹⁵³ Ainsi, nos propos ne s'appliqueront pas aux Territoires du Nord et au Queensland qui disposent de leurs législations propres.

⁹⁵⁴ Pour plus de renseignements sur ces lois : K. CLARCK et I. ATTRIDGE, « Protecting the biodiversity of the Americas legal and policy mechanisms concerning genetic resources in Canada », The Canadian Institute for environmental law and policy, 1997.

sur leurs terres respectives⁹⁵⁵. Ce point de vue anglo-saxon se retrouve également au Canada, où la présomption inhérente aux politiques fédérales est que le propriétaire foncier est libre d'accorder ou de refuser l'accès aux ressources génétiques sur sa propriété et a la compétence pour négocier un contrat d'accès afin de bénéficier personnellement d'un partage des bénéfices⁹⁵⁶. Comme le résume le groupe de travail spécial de la CDB : « *il semblerait, en se basant sur la Common Law, que tout individu qui possède la terre, l'animal ou la plante détient tout ce qui se trouve dessus et dedans, y compris ses ressources génétiques* »⁹⁵⁷.

343. Limites de la souveraineté étatique. Cependant, si les pays émergents privilégient une réglementation précise sur le droit d'accès, deux éléments viennent limiter leur contrôle.

La première restriction à la souveraineté des Etats est une limite exceptionnelle concernant le matériel génétique placé dans des collections *ex situ* avant l'entrée en vigueur de la CDB. Cette restriction ne concernant pas directement la propriété industrielle, elle pourra faire l'objet d'autres recherches.

La seconde est déduite de l'article 15.2 de la CDB selon lequel les Etats ne peuvent imposer n'importe quelle condition en matière d'accès aux ressources : ces conditions doivent être « *propres à faciliter l'accès aux ressources génétiques aux fins d'utilisation écologiquement rationnelle par d'autres parties contractantes et de ne pas imposer de restrictions allant à l'encontre des objectifs de la présente Convention* ». Autrement dit, si la reconnaissance de la souveraineté étatique prévue à l'article 15.1 implique que, *de jure*, l'accès aux ressources génétiques n'est pas libre, l'article 15.2 laisse entendre, *de facto*, que cette souveraineté ne peut aller à l'encontre des objectifs de la Convention, parmi lesquels figurent la recherche scientifique : le consentement préalable n'est alors pas une fin en soi, mais un moyen de mise en œuvre de la prospection biologique préalable à la recherche scientifique. Cette obligation, nous le verrons, aura un effet contrariant indirect lors de l'application de l'Accord sur les ADPIC.

⁹⁵⁵ J. VOUMARD, « Commonwealth public inquiry into access to biological Resources in Commonwealth areas, Commonwealth of Australia », Rapport du gouvernement australien, 2000, p. 53.

⁹⁵⁶ S.-P. BASS et M. RUIZ MULLER, « Protecting biodiversity : national laws regulating access to genetic resources in the Americas », IDRC, 1999, p. 7.

⁹⁵⁷ CDB, « Rapport sur le statut juridique des ressources génétiques en droit interne, y compris, le cas échéant, en droit des biens dans certains pays sélectionnés », 30 août 2007, UNEP/CDB/WG-ABS/5/5, p. 14.

344. Conclusion. En résumé, le statut des ressources génétiques ne permet pas d'établir une contrariété directe entre l'Accord sur les ADPIC et la CDB : La brevetabilité des inventions issues d'une ressource génétique n'emportant pas le transfert de propriété de cette dernière, seule se pose la question annexe de la prédominance de la protection de l'environnement sur la propriété foncière. Aussi, si cette contrariété ne concerne pas le droit d'accès aux ressources, nous pouvons la repérer dans les dispositions concernant le partage des bénéfices.

B – Le partage des avantages

345. Régime juridique. La référence au partage des avantages au sein même de l'article 15 de la CDB consacré à l'accès aux ressources, indique que le premier doit être considéré comme une condition *sine qua non* du second : le contrôle sur l'accès permet à l'Etat d'assurer le retour des bénéfices. Ainsi, par exemple, le partage des avantages peut conditionner l'obtention d'un permis de prospection biologique.

L'article 15.7 énonce alors que « *chaque partie contractante prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées, conformément aux articles 16 et 19 [...], pour assurer le partage juste et équitable des résultats de la recherche et la mise en valeur ainsi que des avantages résultants de l'utilisation commerciale ou autre des ressources génétiques avec la partie contractante qui fournit ces ressources. Ce partage s'effectue selon des modalités mutuellement convenues* ».

La définition du partage juste et équitable est laissée à l'appréciation des parties contractantes lors des négociations du contrat d'accès aux ressources. Cependant, la référence aux articles 16 et 19, ainsi que l'adjonction du Protocole de Nagoya, permettent d'y inclure le transfert de technologie, la participation aux activités de recherche et l'accès préférentiel aux résultats et aux bénéfices des technologies qui utilisent les ressources⁹⁵⁸. Nous nous intéresserons plus particulièrement au cas des transferts de technologies :

⁹⁵⁸ La définition du partage des bénéfices peut être étayée par l'article 5 du protocole de Nagoya, qui renvoie les parties contractantes à une liste non exhaustive d'exemples d'avantages monétaires ou non-monétaires susceptibles de partage.

346. Un régime préférentiel contraire à l'Accord sur les ADPIC. Dans sa thèse de doctorat soutenue à l'Université de Nantes, Maria FRANCHETEAU a énoncé que : *« la CDB prévoit en premier lieu que le transfert doit se faire compte tenu de tous les droits sur les techniques. Aussi les procédés biotechnologiques ne peuvent-ils être transférés vers les pays en développement que si les droits de propriété intellectuelle, tels les brevets qui octroient des droits d'exploitation exclusifs à leur titulaires, sont respectés [...] Or, la CDB prévoit en second lieu que l'accès et le transfert de la technologie doivent être assurés et/ou facilités pour les pays en développement. Bien que l'Accord sur les ADPIC puisse offrir quelques possibilités aux membres de l'OMC d'acquérir les technologies visées par la CDB, le respect des droits de propriété intellectuelle et l'obligation essentielle de non-discrimination qu'il prévoit ne sauraient l'autoriser à admettre que leur accès et leur transfert se fassent de manière préférentielle »*⁹⁵⁹. Nous ne sommes pas forcément en accord avec l'auteure quant à la place de cette contradiction dans l'objet de la problématique sur la diversité biologique, puisque, si elle est théoriquement vraie, elle ne tient pas compte du fait qu'après vingt ans d'application, l'Accord sur les ADPIC est devenu lui-même contradictoire en assurant une quasi-permanence d'un régime préférentiel qui ne se constituait à la base que d'une disposition transitoire. L'existence d'un régime préférentiel, même restreinte à certains pays pourvoyeurs de ressources, au sein de la CDB n'est donc pas en soi choquante face à l'obligation de non-discrimination qui n'en est plus à sa première atteinte.

Cependant, cette citation est très intéressante car elle ouvre la voie à la nouvelle question de savoir si les régimes préférentiels prévus à la fois au sein de la CDB et de l'Accord sur les ADPIC ne sont pas également contradictoires. L'étude de cette question nous montre en effet le déséquilibre des obligations prévues par la CDB qui est à la source de la crise sur la biodiversité.

347. Déséquilibre des obligations. Force est de constater que l'article 16 de la CDB n'apporte aucune nouveauté en comparaison des articles 7 et 66.2 de l'Accord sur les ADPIC : le transfert de technologies est un objectif commun aux deux conventions et doit s'effectuer sans préjudice des droits de propriété intellectuelle, selon les méthodes

⁹⁵⁹ M. FRANCHETEAU, « Commerce international des biotechnologies végétales et conservation de la diversité biologique », op. cit., p. 119.

contractuelles traditionnelles telles que la cession, la licence, la franchise, le consortium... Cependant, comme nous avons pu l'énoncer, ces méthodes de transfert de technologies, imprécises, soumises aux variations des législations nationales et à la volonté des industries détentrices des brevets, ne sont pas considérées comme suffisamment effectives. Ainsi, comme l'énonce Bonaventure DOSSOU-YOVO, l'article 16 est « *constitutif d'une mise en retrait des engagements des Etats du Nord par rapport à ce qui est exigé aux Etats du Sud. Ces derniers doivent prendre des mesures qui les obligent directement alors que ceux du Nord s'en remettent aux droits qui régissent leurs relations avec le secteur privé* »⁹⁶⁰.

Bien que la réciprocité des obligations entre pays industrialisés et émergents soit théoriquement fondée, le manque d'effectivité des obligations de transfert de technologie, et plus largement du partage des avantages oblige les Etats à créer une structure législative permettant de les rendre plus efficaces. C'est donc à ce titre que se justifie l'obligation de divulgation que nous développerons ultérieurement⁹⁶¹.

II – Les paramètres de la crise

348. La question environnementale. A l'instar de l'exemple de la santé publique, les paramètres de la crise se distinguent entre les actions excitatives du *citizen lobby* et les arguments dissipatifs du *private lobby*.

Parce qu'à l'origine, la CDB devait répondre principalement à des préoccupations environnementales, ces dernières ont immédiatement été reprises par les associations de défense de la nature afin d'assurer la portée de leur intervention dans le domaine économique de la propriété industrielle. Comme l'énonce Rachel POLAUD, l'action de ces associations se déroule en deux phases complémentaires entrant dans « *le répertoire expressionniste des manifestations [et] celui, plus feutré, de l'expertise* »⁹⁶².

⁹⁶⁰ B. DOUSSOU-YOVO, « L'accès aux ressources biologiques dans les rapports Nord-Sud », L'Harmattan, 2008, p. 219.

⁹⁶¹ Cf. n°375 et s.

⁹⁶² R. POLAUD, « L'implication des ONG dans les débats des OIG, le cas de l'aménagement des droits de propriété intellectuelle par l'OMC, l'OMS, l'OMPI entre 1996 et 2006 », op. cit., p. 89.

Les trois campagnes les plus célèbres ont eu pour thème la brevetabilité sur le vivant (« *No patent on life* »), celle des organismes génétiquement modifiés (« *Bite back* ») et celle des semences stériles (« *Interdire Terminator* ») :

- La campagne « *No patent on life* » se caractérise à la fois par sa durée – elle existe depuis 1996 – et sa décentralisation car la majorité des manifestations ont été réalisées à une échelle locale sans aucune coordination à l’échelle internationale. Les associations se spécialisent alors dans des secteurs géographiques, à l’exemple de BioThaï qui, depuis 2001, cible la brevetabilité de différentes variétés de riz et son implication dans l’avenir de l’alimentation asiatique pour convaincre les gouvernements de la péninsule indochinoise et de l’Insulinde de soutenir l’initiative du groupe africain visant à supprimer l’article 27.3 de l’Accord sur les ADPIC⁹⁶³. La campagne dans son ensemble fonctionne selon un mode opératoire de scandalisation, basé sur la critique exacerbée de comportements non répréhensibles : l’exemple révélateur est celui des « Captain Hook Awards ⁹⁶⁴ », organisés par ETC Group et Coalition Against Biopiracy, où sont décernés chaque année un prix aux entités s’étant rendues coupables de biopiraterie. La définition de la biopiraterie n’est bien sûr pas celle retenue par la loi, qu’elle soit nationale ou internationale, puisque comme l’indique ETC Group : « *ceux qui reçoivent le prix n’ont en général rien fait d’illégal. Leurs actes de biopiraterie découlent souvent de l’ignorance de la loi ou de l’incapacité des lois en vigueur pour faire respecter la biodiversité* »⁹⁶⁵. Le symbolisme se retrouve également dans les résultats puisque le premier prix attribué en 2002 distingua la CDB pour « *n’avoir rien fait contre la possibilité laissée aux institutions ou aux individus qui cherchent à appliquer un monopole sur les connaissances et les ressources* »⁹⁶⁶.
- La campagne « *Bite back* », réalisée entre 2003 et 2005, a été dirigée contre l’OMC, coupable selon les associations de permettre l’utilisation des organismes génétiquement modifiés à l’insu des consommateurs. Les caractéristiques de cette campagne ont été sa centralisation sur un seul interlocuteur – l’OMC- et son mode opératoire simplifié, de sensibilisation du grand public, par sa participation directe à

⁹⁶³ www.biothai.net (consulté le 1er juillet 2016).

⁹⁶⁴ www.captainhookawards.org (consulté le 1er juillet 2016).

⁹⁶⁵ www.etcgroup.org/content/captain-hook-award (consulté le 1er juillet 2016)

⁹⁶⁶ www.etcgroup.org/content/captain-hook-awards-2002, (consulté le 1er juillet 2016).

l'action en fonction de moyens logistiques et financiers dérisoires. L'exemple révélateur a été l'envoi de milliers de cartes postales au secrétaire général de l'OMC, en guise de pétition.

- La campagne « Interdire Terminator » est une autre campagne qui s'étire dans le temps – elle existe depuis 1998 – qui se concentre principalement sur la FAO et la CDB afin d'obtenir l'interdiction de la commercialisation des semences stériles⁹⁶⁷. L'action se continue encore aujourd'hui puisque, depuis 2000, la CDB refuse de se prononcer contre l'interdiction de Terminator, en raison de l'opposition d'une minorité de délégations, dont celle des Etats-Unis. Elle se prononce cependant sur un moratoire renouvelé en 2006 sur leur commercialisation et leur test sur champs⁹⁶⁸.

349. La question humaine. Si la question environnementale a une conséquence non-négligeable au sein des fora internationaux, c'est surtout l'amalgame de la question environnementale à la question humaine au travers des développements sur les savoirs traditionnels rattachés aux ressources génétiques qui a assuré le débat au sein de l'OMC et de l'OMPI : au-delà de la protection de l'environnement, le savoir traditionnel est une catégorie juridique qui dans son contenu est comparable aux droits de propriété industrielle, mais qui dans ses modalités peut s'opposer directement aux conditions de brevetabilité. Surtout, l'entrée des communautés autochtones dans les débats sur la biodiversité a permis aux associations de mettre en avant une catégorie de personnes physiquement identifiables, victimes de la biopiraterie, et les éléments procéduraux obligatoires pour passer d'une manifestation publique à une procédure judiciaire.

350. La médiatisation des recours. Comme cela a eu lieu pour la question des brevets pharmaceutiques, le *citizen lobby* a construit son argumentation autour de recours déposés à l'encontre de brevets biotechnologiques qui ont eu pour conséquence d'exacerber la crainte de brevets indus.

⁹⁶⁷<http://fr.banterminator.org> (consulté le 1er juillet 2016)

⁹⁶⁸<http://fr.banterminator.org/nouvelles/nouvelles-et-mises-a-jour/l-ONU-maintient-le-moratoire-sur-les-semences-Terminator> (consulté le 1er juillet 2016)

Les pays émergents et les organisations de protection de l'environnement ont en effet principalement avancés les exemples du Curcuma, du Hoodia et du Neem comme preuve de l'existence d'inventions obtenues par l'utilisation de ressources génétiques et de savoirs traditionnels qui leur sont associés et auxquelles un brevet a été délivré par erreur, même si elles ne satisfaisaient aux conditions de nouveauté ou d'activité inventive :

- Concernant le Curcuma, le brevet américain n°5401504 a été déposé par deux scientifiques du Centre Médical de l'Université du Mississippi en 1995 pour son usage dans le traitement des plaies. L'Inde, représentée par le CSIR, a alors déposé une demande de réexamen devant l'USPTO, au motif d'une antériorité puisque l'usage médicinal du curcuma était un savoir traditionnel indien ayant fait l'objet de plusieurs publications dans les années 1950. L'USPTO a alors refusé la délivrance du brevet pour défaut de nouveauté. Le cas du Curcuma est aujourd'hui considéré comme un jugement historique car, pour la première fois, un brevet basé sur un savoir traditionnel d'un pays émergent a été contesté avec succès.
- Concernant le Neem, le brevet européen a été déposé en 1994 par la société américaine W.R. Grace Company et le département américain de l'agriculture pour ses propriétés fongicides. Un groupe d'associations internationales représentant les fermiers indiens a déposé un recours en opposition après délivrance, au motif d'une absence de nouveauté et d'activité inventive puisque l'effet fongicide de l'huile de Neem était connu et utilisé en Inde avant le dépôt du brevet et ce dernier ne résultait pas d'une invention mais d'une simple utilisation du végétal. L'OEB a alors révoqué le brevet en mai 2000, considérant que les éléments de la revendication faisaient partie du domaine public. L'élément intéressant de cette affaire est l'élément politique qui s'est ajouté par l'intervention de députés européens en soutien au *citizen lobby*, qui confirme la thèse de Rachel POLAUD sur l'importance des classes politiques dans l'action des associations⁹⁶⁹.
- Concernant le Hoodia, le brevet a été déposé par le CSIR en Afrique du Sud pour son effet anorexigène. Bien que la molécule brevetée corresponde aux critères de brevetabilité, l'utilisation de la plante en tant que telle était connue du peuple San qui n'avait alors pas consenti préalablement au dépôt du brevet comme l'exige la CDB.

⁹⁶⁹ R. POLAUD, « L'implication des ONG dans les débats des OIG, le cas de l'aménagement des droits de propriété intellectuelle par l'OMC, l'OMS, l'OMPI entre 1996 et 2006 », op. cit., p. 89 et s.

Les différentes parties ont amorcées des négociations pour un accord de partage des avantages qui aura abouti en mars 2002. Cette affaire a alors été soulevée par les organisations non-gouvernementales qui y découvrent les failles et les difficultés d'un partage efficient des avantages et démontrent l'incompatibilité de ces accords avec les projets actuels de développement⁹⁷⁰.

DATE	RESSOURCES	SOLUTIONS
1995	Manzana	Révocation du brevet suisse
1998	Curcuma	Opposition au brevet américain
1999	Ayahuesca	Rejet de la demande de brevet américain
2001	Ayahuesca	Deuxième demande de brevet américain accepté
2001	Riz basmati	Abandon de la revendication par le déposant américain
2004	Nap Hal	Révocation du brevet américain
2005	Neem	Rejet de recours contre la révocation du brevet européen
2008	Mayacoba	Révocation du brevet américain
2009	Sacha Inchi	Révocation du brevet français
Aujourd'hui	Kava	Contestation du brevet français

TABLEAU N°10 : LISTE DES PRINCIPAUX EXEMPLES DE BIOPIRATERIE

351. La compensation comme solution. A la différence de la question des brevets pharmaceutiques, nous ne pouvons mettre en avant dans le domaine des brevets biotechnologiques des actes compensatoires en dehors du cadre législatif : ces derniers font effectivement l'objet d'une volonté de législation au travers du partage des avantages. Nous étudierons donc ces compensations ultérieurement⁹⁷¹.

⁹⁷⁰ Pour plus d'informations : R. WYNBERG, D. SCHROEDER et R. CHENNELLS, « Indigenous peoples, consent and benefit sharing : lessons from the san-hoodia case », Springer Press, 2009.

⁹⁷¹ Par exemple, cf. n°367-368.

Section 2 – L’opposition entre pays émergents et développés quant à la mise en œuvre d’une réponse législative à la crise sur la biodiversité

352. Plan. Alors que les débats ont été interrompus en 2006, aucun consensus n’a pu être trouvé parmi les Etats-membres de l’OMC. Il ressort de cette situation deux solutions potentielles dont il n’est pas question dans cette étude d’en apprécier la valeur matérielle, mais plutôt de vérifier, par application de notre règle de gestion de crise, si elles correspondent à l’amplitude de la crise que nous avons décrite. Nous étudions donc en premier lieu l’approche à fondement national (I) puis l’approche de la divulgation (II).

I – L’approche à fondement national

353. Plan. L’approche à fondement national, prônée par les Etats-Unis, l’Union Européenne et le Japon, consiste à « *recourir à des solutions nationales, par exemple en adoptant une législation sur l’accès aux ressources et le partage des avantages et sur les contrats* »⁹⁷². Si cette solution a l’avantage d’une mise en œuvre aisée, puisqu’elle ne modifie pas l’article 27.3B) de l’Accord sur les ADPIC et laisse à chaque Etat le soin de définir les procédures requises selon ses moyens propres (A), elle souffre d’une « masse » insuffisante pour satisfaire l’amplitude de la crise que nous avons décrite (B).

A – Description de l’approche à fondement national

354. Définition. L’Union Européenne⁹⁷³, les Etats-Unis⁹⁷⁴, le Japon⁹⁷⁵ et la Corée⁹⁷⁶ se présentent au sein de l’OMC comme les partisans de l’approche à fondement national, en estimant que le moyen le plus efficace de répondre aux trois préoccupations exprimées lors

⁹⁷² OMC, « Relation entre l’Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit. p. 15.

⁹⁷³ OMC, « Réexamen de l’article 27:3B) de l’Accord sur les ADPIC et relation entre l’Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels et du folklore : communication des communautés européennes et de leurs Etats-membres », 17 octobre 2002, IP/C/W/383.

⁹⁷⁴ OMC, « L’article 27:3B), la relation entre l’Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, et la protection des savoirs traditionnels et du folklore : communication des Etats-Unis », 26 novembre 2004, IP/C/W/434.

⁹⁷⁵ OMC, « Système des brevets et ressources génétiques : communication du Japon », 17 octobre 2007, IP/C/W/504.

⁹⁷⁶ OMC, « Relation entre l’Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit., p. 55.

des négociations au sein des fora internationaux est d'adopter des dispositions spéciales au niveau national afin de règlementer directement chaque comportement illicite en dehors du système de protection des brevets. L'idée est qu'en l'absence de chevauchement entre la Convention de Rio et l'Accord sur les ADPIC, chacune de ces conventions offrent un régime de protection qu'il convient de transposer dans l'ordre interne séparément. Ainsi, conformément à la Convention de Rio, les Etats-membres peuvent inclure dans leur législation nationale des dispositions spéciales relatives au respect des obligations contractuelles naissant entre les autorités compétentes pour accorder l'accès aux ressources biologiques et les industries souhaitant prospecter ces ressources⁹⁷⁷. Chaque Etat est alors libre d'imposer une procédure comportant de nombreux éléments, tels que les permis, les visas, les autorisations de sortie du territoire, la responsabilité civile, les sanctions pénales, les mesures de protection de l'environnement, etc.⁹⁷⁸

Ainsi, concernant les questions de la protection du consentement donné en connaissance de cause et de la garantie du partage des avantages, les Etats-Unis encouragent une solution basée sur des obligations contractuelles dont la flexibilité des stipulations dépend des autorités compétentes pour autoriser l'accès aux ressources biologiques. Peuvent ainsi être prises en compte dans un contrat les stipulations suivantes⁹⁷⁹ :

- La désignation de l'autorité compétente pour autoriser l'accès aux ressources biologiques.

⁹⁷⁷ OMC, « Réexamen de l'article 27:3B) de l'Accord sur les ADPIC et relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels et du folklore : communication des communautés européennes et de leurs Etats-membres », 17 octobre 2002, op. cit., p. 4 ; OMC, « L'article 27:3B), la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, et la protection des savoirs traditionnels et du folklore : communication des Etats-Unis, 26 novembre 2004 », op. cit., p. 2 et s ; OMC, « Vues des Etats-Unis sur le rapport entre la Convention sur la diversité biologique et l'Accord sur les ADPIC », 13 juin 2001, IP/C/W/257 ; OMC, « Compte-rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 14 et 15 juin 2005 », op. cit., §26. OMC, « Compte-rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 18 novembre 2003 », 4 février 2004, IP/C/M/42, §109 ; OMC, « Compte-rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 18 et 19 février 2003 », 21 mai 2003, IP/C/M/39, §129. OMC, « Compte-rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard du 25 au 27 et le 29 novembre 2002 et le 20 décembre 2002 », 5 février 2003, IP/C/M/38, §234.

⁹⁷⁸ OMC, « Compte-rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard le 18 novembre 2003 », op. cit., §109. OMC, « Compte-rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 18 et 19 février 2003 », op. cit., §129. OMC, « Compte-rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard du 25 au 27 et le 29 novembre 2002 et le 20 décembre 2002 », op. cit., §234.

⁹⁷⁹ OMC, « Examen des législations : réponses du Ghana aux questions posées par l'Australie, le Canada, Les Communautés Européennes et leurs Etats-Membres, le Japon, la Suisse et les Etats-Unis », 20 mars 2002, IP/C/W/343, p. 3 ; OMC, « Compte-rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard du 27 au 30 novembre 2000 », 6 mars 2001, IP/C/M/29, §155. OMC, « Compte-rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard du 2 au 5 avril 2001 », 1^{er} juin 2001, IP/C/M/30, §171.

- La stipulation claire et précise du consentement accordé par l'autorité compétente selon une formule obligatoire.
- L'obtention obligatoire d'un permis délivré par l'autorité compétente.
- La mise en place concrète du système de transfert et d'accès aux technologies issues de la prospection biologique.
- L'obligation de divulgation du contrat dans tout document à finalité commerciale comme une demande de brevet.
- L'obligation de présenter régulièrement à l'autorité compétente l'avancement des recherches.

La question des effets du non-respect de ces mesures est également traitée en dehors du cadre du système de propriété intellectuelle puisqu'il revient à chaque Etat de respecter un principe général de responsabilité contractuelle, ou d'instaurer des sanctions administratives ou pénales spécifiques en matière d'accès aux ressources et de partage des avantages. Il est aussi intéressant de noter qu'en parallèle à une fragmentation nationale des mesures de responsabilité contractuelle répondent la souplesse des règles de conflits de juridictions ou de lois applicables en matière de droit des contrats et la possibilité d'inclure une clause désignant directement la juridiction ou la loi compétente⁹⁸⁰. Rappelons en effet que le droit des brevets, de par sa territorialité, est une compétence exclusive de l'Etat l'ayant accordé.

Enfin, concernant la question des brevets délivrés à tort, les partisans de l'approche à fondement national n'apportent aucune solution nouvelle et ne répondent aux préoccupations que par le rappel des procédures d'opposition, de réexamen et d'annulation déjà prévue par l'Accord sur les ADPIC.

355. Avantages. Les divers avantages de l'approche à fondement national découlent évidemment des caractères des relations contractuelles : nous pouvons par exemple citer la flexibilité inhérente d'un système contractuel qui permet de ménager un équilibre entre la valeur des ressources biologiques à protéger et la valeur des efforts d'invention et de promotion. Cette flexibilité se retrouve à trois niveaux. D'une part, la liberté contractuelle

⁹⁸⁰ OMC, « L'article 27:3B), la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, et la protection des savoirs traditionnels et du folklore : communication des Etats-Unis », op. cit., p. 6.

« [s'adapte] facilement au système juridique de chaque pays et lui [offre] la souplesse nécessaire pour protéger ses savoirs traditionnels et ses ressources génétiques sans risquer de compromettre les incitations économiques au développement inhérentes à une forte protection de la propriété intellectuelle »⁹⁸¹. D'autre part, un système d'offre et de demande inhérent au contrat permet de respecter le jeu de la libre-concurrence, car « lorsque des ressources génétiques peuvent être tirées de plusieurs sources, la partie souhaitant y accéder chercherait probablement à obtenir ces ressources auprès du territoire qui offre les conditions les plus favorables »⁹⁸². Enfin, en termes d'éléments de flexibilité, nous ne devons pas oublier l'importance de l'économie de l'imprécision. Les contrats peuvent alors « préciser la définition de termes qui ne seraient peut-être pas très clairs sans cela, tels que 'ressources génétiques', ce qui préciserait d'emblée les droits et obligations des deux parties et aideraient à éviter les malentendus et les confusions »⁹⁸³.

356. Exemple de l'Institut National du Cancer. Pour illustrer cette approche, les Etats-Unis ont présenté devant les Etats-membres de l'OMC la politique contractuelle du *US National Cancer Institute's Departmental Therapeutics Programme* (NCI), dont les recherches consistent à collecter du matériel génétique en vue d'en découvrir une application thérapeutique liée au cancer. Selon le document transmis au secrétariat de l'OMC⁹⁸⁴, le NCI a pour ligne de conduite la promotion de la conservation de la diversité biologique en collaborant avec les organismes des pays sources dans le développement de tout médicament à partir des ressources biologiques collectées à l'intérieur de ce pays, et en versant une compensation ou autres avantages résultant de l'exploitation commerciale de ses recherches.

⁹⁸¹ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 1^{er} et 2 décembre 2004 », op. cit., n°31.

⁹⁸² IP/C/M/29, §155. OMC, « Compte-rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard du 2 au 5 avril 2001 », op. cit., §156.

⁹⁸³ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit., p. 19.

⁹⁸⁴ OMC, « Pratiques en matière de transfert de technologie du programme de thérapeutique développementale de l'Institut National du Cancer des Etats-Unis : communication des Etats-Unis », 25 mars 2002, IP/C/W/341.

Les échantillons de matériel examinés par le NCI sont alors collectés en vertu de lettres de prélèvement⁹⁸⁵ ou de mémorandums d'accord⁹⁸⁶ négociés bilatéralement avec les pays sources.

Etant donné que le NCI ne peut exploiter lui-même ses recherches, il doit délivrer des licences d'exploitation dans lesquelles il s'assure du partage des bénéfices avec les autorités compétentes du pays source lors de négociations qui auront obligatoirement lieu après les essais cliniques mais avant la première exploitation commerciale du médicament. Ainsi, à la lecture des articles 11 et 12 du Mémorandum d'Accord type prévu par le NCI, nous constatons que : « *Toutes les licences accordées sur tout brevet découlant de la collaboration menée selon les termes du présent Mémorandum doivent contenir une clause faisant référence au présent Mémorandum et indiquant que le titulaire a été informée de ce Mémorandum.*

Si le titulaire a finalement autorisé une licence à une société pharmaceutique pour la production et la commercialisation de l'invention, DTP/NCI exigera de lui de négocier et de conclure des conventions avec l'agence du pays source et/ou tout organisme gouvernemental approprié du pays source. La convention abordera la préoccupation de la part du gouvernement du pays source selon laquelle les organismes, institutions et/ou personnes concernés recevront des redevances et d'autres formes d'indemnisation, le cas échéant » (traduction). Des termes similaires se retrouvent aux articles 7 et 8 de la lettre de prélèvement type prévue par le NCI.

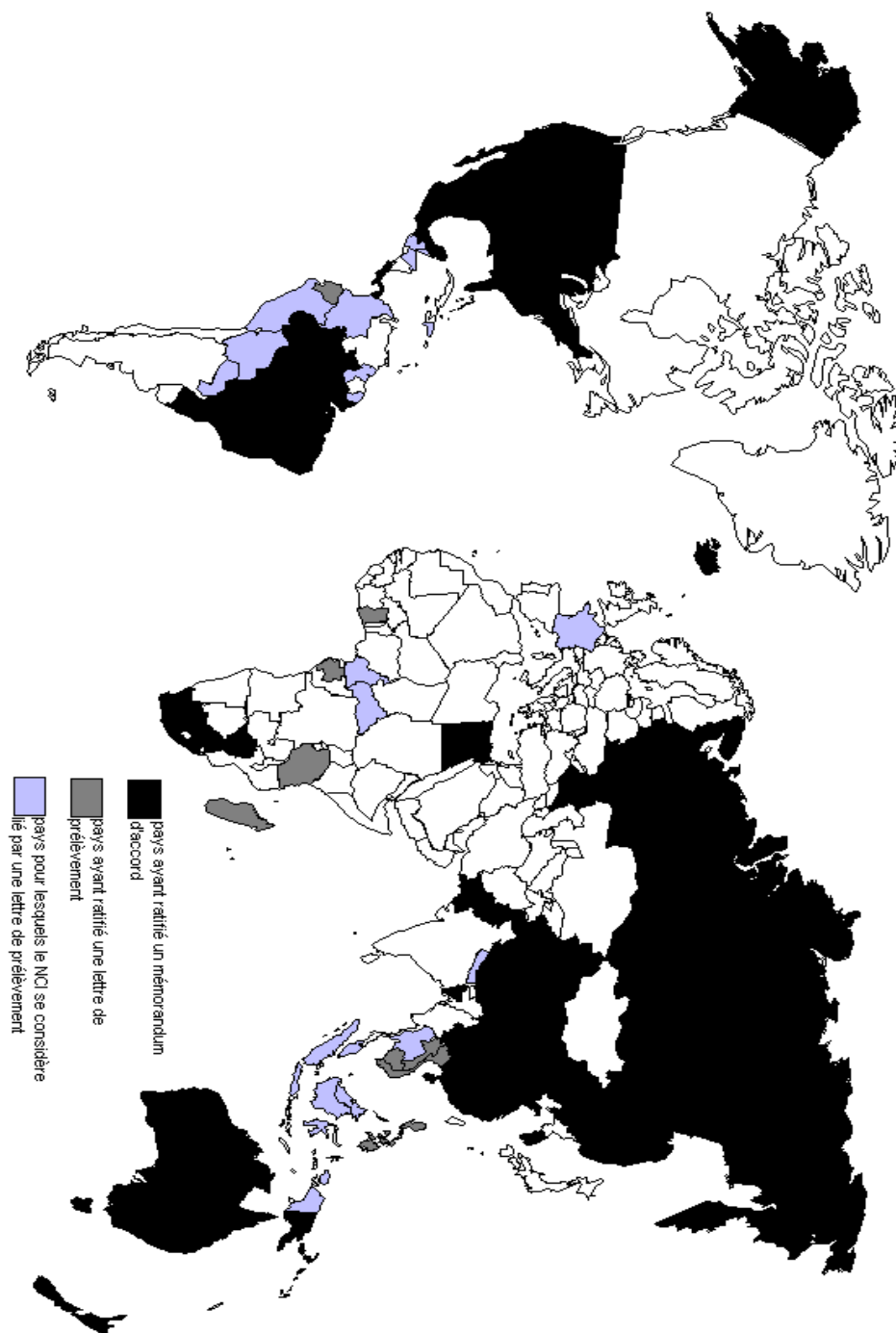
Pour s'assurer que les titulaires de la licence aient connaissance de ces obligations, celle-ci est publiée sur *US Federal Register concerning such natural product materials* avec la mention suivante : « *Puisque [le composé] a été initialement isolé de la flore principalement située dans [localisation], le NIH s'implique pour que la collecte et l'utilisation du matériel naturel soient conformes à toutes les politiques locales applicables à la biodiversité. Afin de se*

⁹⁸⁵ Des lettres de prélèvement prévoyant une collaboration pour le prélèvement d'organisme sont négociés ou en cours de négociation entre le NCI et : Bangladesh, Cambodge, Equateur, Gabon, Ghana, Laos, Madagascar, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Philippines, Tanzanie, Viêt-Nam.

Dans certains pays des prélèvements ont été réalisés hors du cadre d'une lettre de prélèvement. Le NCI se considère tout de même lié par les termes de ces lettres. Ces pays sont : Bahreïn, Belize, Bolivie, Cameroun, Colombie, Dominique, Etats fédérés de Micronésie, France, Guatemala, Guyane, Honduras, Iles Marshall, Indonésie, Malaisie, Maurice, Népal, Palaos, Paraguay, Pérou, République Centrafricaine, République dominicaine, Sainte-Lucie, Thaïlande, et Tonga.

⁹⁸⁶ Des mémorandums d'accord pour une collaboration directe sont négociés ou en cours de négociation entre le NCI et : Afrique du Sud, Australie, Bangladesh, Brésil, Chine, Corée du Sud, Costa Rica, Egypte, Fidji, Islande, Jamaïque, Mexique, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Panama, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Russie, Zimbabwe.

conformer à ces politiques, le candidat retenu sera t tenu de négocier et de conclure des accords avec les agences gouvernementales appropriées » (traduction)⁹⁸⁷.



CARTE N°7 : LA POLITIQUE DE PARTAGE DES AVANTAGES DU NCI

⁹⁸⁷ OMC, « Pratiques en matière de transfert de technologie du programme de thérapeutique développementale de l'Institut National du Cancer des Etats-Unis : communication des Etats-Unis », op. cit. p.8

357. Exemple des parcs nationaux. Une autre illustration fournie par les Etats-Unis⁹⁸⁸ concerne le régime d'accès aux ressources génétiques des parcs nationaux américains⁹⁸⁹, où les Etats-Unis ne sont plus présentés comme un pays prospecteur mais un pays source. Cet exemple est le plus représentatif puisque, l'accord négocié en 1998 entre le Parc de Yellowstone et la société DIVERSA CORPORATION a permis au juge du District de Columbia de statuer sur sa légalité⁹⁹⁰.

L'autorisation des prélèvements biologiques dans les parcs nationaux américains se déroulent en deux phases :

- La première est une phase réglementaire où l'administration américaine délivre un permis de recherche. Les prescriptions appliquées dépendent alors de l'objectif de la recherche. Pour les prélèvements destinés à la recherche fondamentale, le directeur des parcs nationaux est lui-même habilité à délivrer un permis de recherche en tenant compte du respect de l'équilibre environnemental. Pour les recherches sur le terrain pouvant perturber la gestion du parc ou déranger les visiteurs, un permis délivré par d'autres agences fédérales est obligatoire. Ainsi, par exemple, une étude du comportement d'une espèce marine en voie d'extinction sur le terrain nécessite un permis à la fois de l'*US Fish and Wildlife Service* et du *National Marine Fisheries Service*. Les autorités compétentes examinent alors chaque demande pour vérifier leur conformité aux lois et règlements en vigueur⁹⁹¹. Notamment, il sera vérifié que le spécimen prélevé en vertu du permis ne soit employé qu'à des fins scientifiques, l'utilisation des résultats scientifiques à des fins commerciales devant faire l'objet de permis supplémentaires.

⁹⁸⁸ OMC, « Le régime d'accès aux ressources génétiques des parcs nationaux des Etats-Unis : communication des Etats-Unis », 28 janvier 2003, IP/C/W/393.

⁹⁸⁹ Le National Park Service n'est bien entendu pas le seul bénéficiaire des dispositions sur les Cooperation Research and Development Agreement (CRADA). D'autres organismes sont en effet habilités pour ratifier ce type de contrat, tels que the US Department of Veterans Affairs, the Oak Ridge National Laboratory, the US Geological Survey, the Navy Medical Center, Etc.

⁹⁹⁰ Edmonds Institutes & Diversa v/s Secretary of the Interior, [2000], 42 F. supp.2d 1, memorandum Opinion of Apr. 12, 2000. <http://www.nature.nps.gov/benefitssharing/pdf/lamberth2.pdf> (consulté le 1er juillet 2016) : Le juge a ainsi donné tort à la Diversa Corporation considérant que les CRADA prévoyant un partage des avantages sont conformes à la loi organique sur le service des parcs nationaux et à la loi d'habilitation du Parc de Yellowstone.

⁹⁹¹ Par exemple : la réglementation du Service des parcs nationaux concernant le prélèvement de spécimens pour la recherche de 1983, ou la loi générale sur la gestion des parcs nationaux de 1998.

- La seconde est une phase contractuelle où, en vertu de la politique du *National Park Service*, toute personne qui possède un permis de prélèvements doit conclure avec lui un accord de recherche-développement concerté (CRADA), régissant l'attribution de la propriété des inventions réalisées et les autres droits et obligations des parties. Ainsi, l'Accord négocié en 1998 entre le Parc de Yellowstone et la société DIVERSA CORPORATION prévoyait le monopole de cette dernière sur l'exploitation du brevet à charge d'accorder au parc divers avantages. D'une part, la société a partagé les bénéfices avec le National Park service à hauteur d'une base forfaitaire de 100.000 USD et de 10% des bénéfices liés à la vente des produits inventés⁹⁹². D'autre part, la société ayant mis au point, sans frais pour l'Etat, un système de pedigree basé sur l'ADN des loups du Yellowstone, le parc a obtenu l'autorisation de l'utiliser afin de comprendre la dynamique de la population lupine et détecter ses mouvements migratoires.

B – Critiques : l'insuffisance de contenu de l'approche du fondement national

358. Plan. Les critiques des Etats-membres de l'OMC ont principalement porté sur l'insuffisance matérielle des législations mises en avant par les partisans de cette approche. Cette insuffisance, qui fausse la règle de gestion de crise que nous avons utilisée jusqu'ici, justifie la critique d'un système à la fois bilatéral (1), transfrontière (2) et répressif (3).

1 – Critique d'un système bilatéral

359. L'obscurantisme du bilatéralisme. Comme nous l'avons étudié en introduction⁹⁹³, si l'intérêt des organisations internationales est d'offrir un forum public de négociation agissant comme une caisse de résonance, le système de négociations bilatérales est privilégié lorsque nous voulons créer une confusion générale liée à la masse des informations échangées. Si cette pratique est parfaitement concevable dans le domaine législatif, elle doit être maniée avec précaution dans le domaine contractuel :

⁹⁹² K. KATE, L. TOUCHE, A. COLLIS, « Yellowstone and the Diversa Corporation », 1998, <http://www.cbd.int/doc/case-studies/abs/cs-abs-yellowstone.pdf> (consulté le 1er juillet 2016).

⁹⁹³ Cf. n°32.

- D'une part, L'article 7 de la Convention de Rio dispose d'une obligation de surveillance et d'identification des risques à la charge de l'Etat, qui au regard du nombre important de contrats conclus entre les divers partenaires locaux et étrangers, risque assurément la saturation. En effet, si nous constatons que le nombre de contrats à surveiller est proportionnel au nombre de partenaires susceptibles de contracter, une telle mission ne peut se faire qu'en présence d'une administration centralisée dont le coût de fonctionnement ne peut pas toujours être pris en charge, notamment pas les Etats entrant dans la catégorie des pays émergents. C'est ainsi que nous remarquons que les pays partisans de l'approche du fondement national ne sont pas les principaux pays fournisseurs de ressources biologiques et n'ont donc pas besoin de mettre en place une administration particulièrement développée. La question du coût peut cependant être écartée si nous prenons en compte l'existence des aides financières, les formations de fonctionnaires et les autres éléments dissipatifs distribués aux pays émergents afin de développer leur administration.
- D'autre part, bien que nous avons toujours pu mettre en avant l'importance des éléments de flexibilité permettant une meilleure adaptation des traités internationaux aux situations locales, le système contractuel montre ici les limites de notre position car, couplé à l'incertitude juridique existant aujourd'hui, il entre en contradiction avec le mouvement d'harmonisation internationale du droit des brevets. Afin que cet élément de flexibilité revienne à sa fonction première harmonisatrice, deux solutions s'imposent. Soit il faut promouvoir des règles nationales – sous réserve des règles de conflits de lois et des clauses d'attribution des compétences – ou internationales qui serviront de base à l'interprétation qu'offrirait le contrat. Ces règles peuvent tout à fait être coutumières, à l'exemple de la *Lex Mercatoria* – ou naître des négociations sur la réforme de l'article 27 sur l'Accord sur les ADPIC, bien que cela revienne à encourager l'approche concurrente de la divulgation selon laquelle il faut institutionnaliser la protection de la biodiversité au sein de cet accord. Soit il faut négocier au sein des fora internationaux un contrat-type ainsi qu'un livret vert présentant les mentions nécessaires à la protection de la biodiversité et informant les futurs contractants des questions d'utilisations transfrontalières et de conflits de lois.

Cette solution est en effet envisageable⁹⁹⁴ bien qu'elle ait le défaut d'exclure définitivement l'approche de la divulgation sans pour autant régler les autres difficultés de l'approche du fondement national.

360. Le pouvoir de négociation. Cette idée n'est pourtant pas à exclure à la lecture des communications de certains pays, à l'instar du Pérou, qui ont exprimé leur inquiétude quant à l'équilibre des négociations entre les parties. En effet, comme nous avons pu le voir dans le chapitre premier, un système bilatéral favorise l'utilisation de moyens de pression qui, s'ils peuvent être supportés par un Etat, seraient dévastateurs pour des populations locales non protégées par une structure administrative intermédiaire. Ainsi, il a pu être exprimé que :

- D'une part : *« s'il est vrai que les arrangements contractuels peuvent jouer un rôle, le pouvoir de négociation inégal des parties aux contrats et l'absence d'obligation de conclure un contrat ou de le faire respecter rendent ces arrangements insuffisants pour ce qui est, d'une part, de conclure des contrats et, de l'autre, de les faire respecter hors du pays d'origine des ressources biologiques ou des savoirs traditionnels qui s'y rapportent »*⁹⁹⁵. Cet argument, qui rejoint notre première solution quant à la nécessité d'un cadre législatif limitant la flexibilité du contrat, est cependant discuté par les Etats-Unis qui ont rappelé que *« l'une des souplesses offertes par le système proposé est que les membres peuvent, au besoin, réglementer les modalités d'accord au moyen de lois ou de règles nationales. Dans de telles circonstances, le pays d'origine déterminerait, pour tous les cas qu'il juge nécessaires, certaines modalités de collecte sans qu'il soit nécessaire de mener des négociations entre les parties indépendantes au sens habituel »*⁹⁹⁶. Il est en effet envisageable de trancher ce type de litige par le biais d'une loi nationale et de la règle de conflit de loi applicable au contrat, bien qu'à un niveau diplomatique, cela ne peut pas encourager un élan de confiance entre les Etats.

⁹⁹⁴ Nous pouvons noter à ce titre l'existence des Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation qui mériteraient un développement plus poussé.

⁹⁹⁵ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard du 25 au 27 juin 2002 », op. cit., n°220.

⁹⁹⁶ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit., p. 30.

- D'autre part : *« les communautés autochtones et locales ne sont pas formées juridiquement à la négociation de contrats, et il leur serait difficile de négocier des modalités équitables et avantageuses. La majorité des possesseurs de ressources génétiques ne connaissent pas les avantages qu'ils peuvent en retirer. Ce pouvoir de négociation inégal risque d'aboutir à des résultats injustes dans la mesure où les pays développés peuvent profiter de leur position de force en matière de technologie pour contraindre les pays en développement à accepter des contrats inéquitables »*⁹⁹⁷. Cet argument pose en effet la question essentielle de l'assistance technique qui devra être mise en place afin que les populations autochtones puissent être parfaitement informées du contexte législatif dans lequel elles négocieront les contrats : mise en place d'une structure administrative de surveillance, formation du personnel, création d'une base de données réunissant les lois et pratiques de tous les pays, etc... Cependant, nous savons que la plupart des pays opposés à l'approche du fondement national n'ont pas les ressources nécessaires à la création d'une telle structure et qu'une dépendance à l'assistance technique proposée par les pays développés peut être dévastatrice au niveau diplomatique.

2 – Critique d'un système transfrontière

361. L'inadaptabilité du système au caractère transfrontière. Le système contractuel prôné par les partisans de l'approche du fondement national est certes non-discutable puisqu'il est obligatoire à la lecture de l'article 15 de la Convention sur la diversité biologique qui dispose que : *« l'accès, lorsqu'il est accordé, est régi par des conditions convenues d'un commun accord »* et que le *« partage [des avantages] s'effectue selon des modalités mutuellement convenues »*. Ainsi, la question qui se pose ne concerne pas l'existence même du contrat mais sa suffisance face au caractère transfrontière de l'utilisation des ressources génétiques : étant donné le caractère transfrontière du problème, qui implique souvent l'acquisition d'un matériel génétique dans un pays et le dépôt d'une demande de brevet dans un autre, il n'est pas nécessairement suffisant de s'en remettre à des mesures nationales ou régionales pour accroître la transparence, et il faut imposer des approches multilatérales.

⁹⁹⁷ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 4 et 5 juin 2003 », op. cit., n°85.

Cependant, la réponse découle directement de la question pour deux raisons :

- D'une part, comme ont énoncé les Etats-Unis, la référence à des lois nationales ne signifie pas que les normes internationales sont dénuées de pertinence, ni que les solutions proposées n'ont pas un caractère international. En effet, rien n'empêche les organisations internationales de négocier des dispositions en dehors d'une modification de l'Accord sur les ADPIC afin d'aider les Etats-membres à atteindre leurs objectifs communs. A ce titre, les Lignes Directrices de Bonn et les indications proposées par le Comité intergouvernemental de l'OMPI sont une base pertinente, bien que, à notre avis, insuffisante dans sa mise en pratique⁹⁹⁸.
- D'autre part, force est de constater que la plupart des questions à caractère transfrontières qui ont été posées devant des instances internationales ont été résolues par l'application des règles de droit international privé sans que cela ne soit particulièrement contesté : rappelons en effet la question 174 posée par le comité exécutif de Lucerne en 2003 concernant la contrefaçon transfrontière et à laquelle les Etats ont répondu par des règles de conflit de lois⁹⁹⁹.

362. L'exemple de la prospection sauvage. Malgré ces arguments, nous comprenons la logique des pays détracteurs de l'approche du fondement national au regard de l'exemple de la prospection sauvage : selon le Pérou et la Suisse, les contrats ne peuvent suffire à dissuader ceux qui sont décidés à agir de mauvaise foi car, lorsqu'ils existent, ils ne sont pas forcément conclus conformément aux régimes nationaux¹⁰⁰⁰. A cela, la réponse des Etats-Unis est très intéressante : *« on ne voit pas pourquoi un régime contractuel qui s'appliquerait à la très grande majorité de ceux qui veulent obtenir un accès dans le cadre de lois nationales ne fonctionnerait pas tout aussi efficacement. Il est possible que quelques personnes méconnaissent la loi et emportent simplement une plante dans leur poche, de même que certains contrefont des marques ou piratent des œuvres protégées par le droit d'auteur, mais cela ne nie pas la valeur d'un régime contractuel s'appliquant à la grande majorité de ceux qui souhaitent accéder aux ressources, de même que les lois sur les marques et sur le droit*

⁹⁹⁸ Ainsi, aucune disposition actuelle n'envisage le cas d'une absence de contrat.

⁹⁹⁹ AIPPI, « Juridiction et loi applicable en cas de contrefaçon transfrontalière (actes de contrefaçon) des droits de propriété intellectuelle », 25-28 octobre 2003, Question 174, p. 2.

¹⁰⁰⁰ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 1^{er} et 2 décembre 2004 », op. cit., n°50 et 75.

d'auteur s'appliquent dans leur domaine propre. Comme pour la contrefaçon des marques et le piratage des œuvres protégées par le droit d'auteur, des dispositions pénales ou des dispositions en matière de responsabilité civile peuvent être incorporées dans les lois du pays, afin de s'appliquer à ceux, peu nombreux, qui s'approprieraient des ressources génétiques sans passer un accord d'accès avec la partie concernée »¹⁰⁰¹. Nous remarquons en effet la comparaison faite avec la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle qui démontre une certaine contradiction dans le propos des Etats-Unis pour deux raisons :

- D'une part, l'exemple de la contrefaçon – notamment à caractère transfrontière - de brevets est prévu aux articles 51 et suivants de l'Accord sur les ADPIC sous une forme particulièrement flexible. Ces articles disposent l'obligation de prévoir des mesures civiles, douanières et pénales en cas de contrefaçon, sans préciser leur nature, qui diffèrera selon les systèmes juridiques étudiés. Etant donné que les Etats-Unis ont eux-mêmes admis que l'existence de normes internationales de protection contre les atteintes à la diversité biologique était pertinente, rien n'empêche la négociation de dispositions internationales qui auraient la même flexibilité que celles concernant la contrefaçon. Et étant donné le lien entre la protection de la diversité biologique et le droit des brevets, il est pertinent d'inclure ce type de dispositions dans l'Accord sur les ADPIC.
- D'autre part, si les Etats-Unis font référence aux lois civiles ou pénales incluses dans les législations internationales, l'étude de la législation américaine démontre un retard considérable de ce pays en la matière. Ainsi, nous notons l'existence du titre 36 USC prévoyant la protection de la diversité biologique au sein des parcs nationaux américains. En premier lieu, nous devons rappeler que ce titre ne s'applique que dans le cadre des parcs nationaux et non dans le cadre de la biodiversité en général. Ensuite, si la section 2.5 énonce que « *il est interdit de prendre des plantes, poissons, animaux sauvages, minéraux et pierres, sous réserve des dispositions du présent chapitre* » (traduction), aucune sanction n'est prévue en cas de violation de la loi, à l'exception d'une obligation de réparer un éventuel préjudice environnemental. Enfin, aucune disposition ne mentionne la brevetabilité des spécimens recueillis illégalement ni ne

¹⁰⁰¹ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit., p. 28. ; OMC, « L'article 27.3B), la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, et la protection des savoirs traditionnels et du folklore : communication des Etats-Unis », 10 juin 2005, IP/C/W/449, p. 6.

prend en compte les bénéfices accordés par la commercialisation du brevet dans le calcul des sanctions civiles et pénales afin de dissuader toute atteinte à la diversité biologique. Or s'il est compréhensible que les Etats-Unis veuillent favoriser la brevetabilité du matériel génétique présent sur son territoire, il est également compréhensible que certains Etats craignent l'application de ces dispositions peu contraignantes suite à l'application des règles de conflits de lois prévues en la matière.

3 – Critique d'un système répressif

363. Efficacité des mesures correctives. Il a également été remarqué que *« les voies de recours civiles et pénales prévues dans la législation nationale du pays fournissant les ressources génétiques ne seraient pas suffisamment dissuasives pour réprimer l'utilisation illicite dans des pays tiers dans les cas où aucun contrat n'a été conclu au sujet de l'accès et du partage des avantages et où il y a bioprospection et utilisation de ressources génétiques et de savoirs traditionnels sans la permission des autorités nationales compétentes »*¹⁰⁰² :

- Par ces propos, l'Inde met évidemment en avant l'économie de la fraude réalisée par la mise en balance des gains engendrés par la commercialisation de l'invention et les sanctions pécuniaires découlant d'une action civile ou pénale. Deux éléments entrent ici en jeu : d'une part le montant de la sanction peut paraître négligeable par rapport aux bénéfices découlant de la commercialisation de l'invention, d'autre part, il peut être plus avantageux pour l'industrie biotechnologique de supporter le coût de la sanction plus que celui du partage des avantages.
- Le second point mis en avant dans cette citation est alors la reconnaissance des cas où l'autorité compétente n'a pas consenti l'accès aux ressources ni conclu de contrat de partage des avantages. D'une part, les Etats émergents craignent que certains cas de biopiraterie traversent le filet, la mise en place d'un système de surveillance ayant un coût beaucoup trop élevé pour être efficace¹⁰⁰³. Cependant, nous ne discuterons pas de cet argument étant donné la mise en place d'une aide financière sur ce sujet. D'autre part, se pose la question de savoir quel recours existe lorsque qu'aucun contrat n'a été

¹⁰⁰² OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard du 25 au 27 juin 2002 », 10 septembre 2002, IP/C/M/36/Add.1, n°212.

¹⁰⁰³ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard du 25 au 27 juin 2002 », op. cit. n°211.

conclu, et que les actes de biopiraterie n'ont eu d'impact ni sur l'environnement, ni sur la sécurité, ni sur aucune autre législation annexe prônée par les Etats-Unis. Il est aisé de reprendre l'argument des Etats-Unis selon lequel il appartient à chaque Etat de modifier sa propre législation afin prévoir différentes possibilités. Mais pour comprendre l'importance d'une loi générale pour l'industrie, nous devons formuler le cas autrement : une société A conclut un contrat de partage des avantages contre l'accès à une ressource génétique situé en Amérique latine. Une société B obtient les mêmes échantillons sans avoir obtenu le consentement des autorités compétentes, et, débarrassée des formalités administratives inhérentes à l'obligation de partage, dépose le brevet plus rapidement. De quels recours disposent la société A ? Nous pouvons en effet douter de l'efficacité d'un recours en responsabilité civile pour prétendre réparer tous les préjudices liés à l'antériorité du brevet dont le dépôt a été facilité par l'absence de ces formalités administratives.

II – L'approche de la divulgation

364. Plan. L'approche de la divulgation consiste à modifier soit l'article 27, soit l'article 29 de l'Accord sur les ADPIC afin d'y inclure une obligation de divulgation de source et du pays d'origine des ressources génétiques présentée dans les demandes de brevet. A l'inverse de l'approche à fondement national, cette solution a l'avantage de définir une protection suffisamment efficace des intérêts des pays pourvoyeurs de ressources biologiques (A), mais souffre d'une « raideur » conséquente, objet des doutes des Etats-membres de l'OMC (B).

A – Description de l'approche de la divulgation

365. La proposition de divulgation au titre de l'Accord sur les ADPIC¹⁰⁰⁴. Les tenants de l'approche de la divulgation ont proposé de modifier l'Accord sur les ADPIC afin que les

¹⁰⁰⁴ Cette dénomination a été retenue lors des travaux sur la divulgation.

Pour le Groupe Africain : OMC, « Comment faire progresser l'examen de l'article 27.3B) de l'Accord sur les ADPIC : communication conjointe du Groupe africain », 26 juin 2003, IP/C/W/404 ; « OMC, Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 4 et 5 juin 2003 », op. cit., n°76 ;

Pour la Communauté andine : OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard du 17 au 19 septembre 2002 : Addendum », 8 novembre 2002, IP/C/M/37/Add.1, n°231 ;

Etats-membres soient en mesure d'exiger des déposants d'une demande de brevet portant sur des ressources génétiques qu'il donne les renseignements suivants sous peine de voir leur demande refusée : la source et le pays d'origine de la ressource biologique utilisée, la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause et la preuve du partage juste et équitable des avantages tirés de l'exploitation de cette ressource.

Pour le Brésil : OMC, « Examen de l'article 27.3B) : communication du Brésil », 24 novembre 2000, op. cit. ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 1^{er} et 2 décembre 2004 », op. cit., n°81 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard le 18 novembre 2003 », op. cit., n°101 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 18 et 19 février 2003 », op. cit., n°126 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard du 25 au 27 et le 29 novembre 2002 », op. cit., n°230 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard du 17 au 19 septembre 2002 : Addendum », op. cit., n°237 ;

Pour la Chine : OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 8,9 et 31 mars 2005 », op. cit., n°57 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard du 17 au 19 septembre 2002 : Addendum », op. cit., n°229 ;

Pour la Colombie : OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 1^{er} et 2 décembre 2004 », op. cit., n°57 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard le 18 novembre 2003 », op. cit., n°119 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 4 et 5 juin 2003 », op. cit., n°121 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard du 25 au 27 et le 29 novembre 2002 », op. cit., n°239 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard du 17 au 19 septembre 2002 : Addendum », op. cit., n°231 ;

Pour l'Équateur : OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 8,9 et 31 mars 2005 », op. cit., n°49 ;

Pour l'Inde : OMC, « Protection de la biodiversité et des connaissances traditionnelles : communication de l'Inde », 14 juillet 2000, IP/C/W/198 ; OMC, « Communication de l'Inde », 12 juillet 2000, IP/C/W/195 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard le 21 septembre 2004 », 27 octobre 2004, IP/C/M/45, n°25 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard le 18 novembre 2003 », op. cit., n°113 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 4 et 5 juin 2003 », op. cit., n°81 et 82 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard du 25 au 27 juin 2002 : Addendum », op. cit., n°212 et 214 ;

Pour l'Indonésie : OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 25, 26 et 28 octobre, le 29 novembre et le 6 décembre 2005 », 31 janvier 2006, IP/C/M/49, n°159 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 8,9 et 31 mars 2005 », op. cit., n°51 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard du 25 au 27 juin 2002 : Addendum », op. cit., n°217 ;

Pour le Kenya : OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 8,9 et 31 mars 2005 », op. cit., n°68 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 1^{er} et 2 décembre 2004 », op. cit., n°67 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard le 18 novembre 2003 », op. cit., n°114 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 4 et 5 juin 2003 », op. cit., n°107 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard du 17 au 19 septembre 2002 : Addendum », op. cit., n°239 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard du 25 au 27 juin 2002 : Addendum », op. cit., n°233 ;

Pour le Pakistan : « OMC, Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard du 25 au 27 juin 2002 : Addendum », op. cit., n°211 ;

Pour le Pérou : « OMC, Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard du 25 au 27 juin 2002 : Addendum », op. cit., n°203 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 4 et 5 juin 2003 », op. cit., n°84 ;

Pour la Thaïlande : OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard le 18 novembre 2003 », op. cit., n°105 ;

Pour le Venezuela : OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 4 et 5 juin 2003 », op. cit., n°102 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard du 25 au 27 juin 2002 : Addendum », op. cit., n°208 ;

Pour le Zimbabwe : OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard du 25 au 27 juin 2002 : Addendum », op. cit., n°201.

Différentes formes juridiques ont alors été proposées afin d'effectuer cette modification :

- Le Brésil¹⁰⁰⁵ et le Pérou¹⁰⁰⁶ ont ainsi proposé une modification de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC prenant la forme d'une exception supplémentaire à la brevetabilité. La proposition d'article fut libellée de la manière suivante :

« [Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité]:

c) les produits ou procédés comprenant directement ou indirectement des ressources génétiques ou des savoirs traditionnels qui auraient été acquis en violation de la législation internationale et nationale pertinente, notamment en cas de non-obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause par le pays d'origine ou la communauté intéressée, et sans l'octroi de conditions visant à répartir de manière juste et équitable les avantages tirés de l'utilisation de ces ressources ou savoirs. Nulle disposition de l'Accord sur les ADPIC n'empêche les pays Membres d'adopter des mesures de mise en œuvre dans leur législation interne, conformément aux principes et obligations énoncés dans la Convention sur la diversité biologique. »

- Le groupe africain¹⁰⁰⁷, la Chine¹⁰⁰⁸, la Colombie¹⁰⁰⁹, et l'Inde¹⁰¹⁰ ont quant à eux proposé une modification de l'article 29 afin d'y ajouter le paragraphe suivant :

« Les Membres exigeront du déposant d'une demande de brevet qu'il divulgue le pays et la région d'origine de toutes ressources biologiques et de tous savoirs traditionnels utilisés ou impliqués dans l'invention, et qu'il donne confirmation de la conformité à toutes les réglementations en matière d'accès dans le pays d'origine »

Ou

« Le cas échéant, les Membres exigeront la divulgation de l'origine et l'indication de la provenance légale, dans les demandes de brevet qui seront déposées »

¹⁰⁰⁵ OMC, « Examen de l'article 27.3B) : communication du Brésil », 24 novembre 2000, op. cit., p. 6.

¹⁰⁰⁶ OMC, « Paragraphe 3B) de l'article 27, relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, la protection des savoirs traditionnels et du folklore : communication du Pérou », op. cit., p. 5 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 14 et 15 juin 2005 », op. cit., n°20.

¹⁰⁰⁷ OMC, « Comment faire progresser l'examen de l'article 27.3B) de l'Accord sur les ADPIC : communication conjointe du Groupe africain », op. cit., p. 7 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 4 et 5 juin 2003 », op. cit., n°76.

¹⁰⁰⁸ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 4 et 5 juin 2003 », op. cit., n°121

¹⁰⁰⁹ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 4 et 5 juin 2003 », op. cit., n°127.

¹⁰¹⁰ OMC, « Communication de l'Inde », 12 juillet 2000, op. cit.

- Le Brésil¹⁰¹¹ a également proposé l'ajout d'un nouvel article entièrement consacré au cas des inventions biotechnologiques dans l'Accord sur les ADPIC
- Enfin, Cuba¹⁰¹² a proposé de ne pas modifier l'Accord mais d'en apporter une interprétation de l'article 29 faisant autorité.

Avec de telles modifications, les Etats-membres seraient en effet tenus de transposer dans leurs lois nationales les prescriptions proposées, qui auraient alors un caractère obligatoire pour les déposants dans tous les cas où leurs inventions utiliseraient des ressources génétiques.

366. Avantages. A l'inverse de l'approche à fondement national appréciée pour sa flexibilité, les partisans de l'approche de la divulgation mettent alors en avant le caractère obligatoire découlant d'une modification du traité. Ainsi, l'obligation de divulgation :

- garantirait la transparence concernant l'accès aux ressources génétiques qui permettrait d'établir un système de surveillance par les pays sources souhaitant lutter contre la biopiraterie¹⁰¹³.
- faciliterait l'application des dispositions de la Convention de Rio concernant le partage des avantages en permettant d'identifier instantanément le bénéficiaire de ce partage¹⁰¹⁴.
- Faciliterait le travail de veille des offices de brevets grâce à des recherches plus ciblées et diminuerait ainsi le nombre de contestations devant les autorités compétentes¹⁰¹⁵.

¹⁰¹¹ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels : communication présentée par la Bolivie, le Brésil, Cuba, l'Equateur, l'Inde, le Pérou, la république dominicaine, la Thaïlande et le Venezuela », 24 juin 2003, IP/C/W/403.

¹⁰¹² OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 4 et 5 juin 2003 », op. cit., n°117.

¹⁰¹³ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 14 et 15 juin 2005 », op. cit., n°38 ; OMC, « Observations techniques sur les questions soulevées dans une communication des Etats-Unis : communication présentée par le Brésil et l'Inde », 18 mars 2005, IP/C/W/443.

¹⁰¹⁴ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard du 17 au 19 septembre 2002 », 11 octobre 2002, IP/C/M/37, n°204.

¹⁰¹⁵ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 14 et 15 juin 2005 », op. cit., n°47 à 60.

367. Exemples divers. Certains pays ont modifié leur cadre juridique et leur politique générale afin d’y introduire expressément l’obligation de divulgation selon un degré variable. Ainsi, parmi les pays de faible exigence, nous constatons d’une part le caractère purement facultatif de la directive 98/44/CE dont la flexibilité atteint son paroxysme avec l’emploi du conditionnel¹⁰¹⁶, et d’autre part la limitation géographique prévue par des pays comme l’Inde¹⁰¹⁷ ou le Costa Rica¹⁰¹⁸ qui, en ne prévoyant que la remise d’un certificat de consentement délivré par leur propre administration, n’accorde de protection qu’aux ressources biologiques recueillies sur leur propre territoire lors d’une demande déposée devant leur propre office.

368. Exemple de la Norvège. La Norvège nous offre un exemple d’un degré supérieur de l’exigence de divulgation en ayant modifié les dispositions de sa loi sur les brevets par un amendement de 2004. Ainsi, la nouvelle section 8b du *Norway patent Act* de 1967 tel qu’amendé en 2004 et 2010 énonce que : *« Si une invention concerne ou utilise du matériel biologique, la demande de brevet doit inclure des informations sur le pays à partir duquel l’inventeur a recueilli ou reçu le matériel (le pays fournisseur). S’il résulte de la législation nationale du pays fournisseur que l’accès au matériel biologique est soumis à un consentement préalable, la demande doit indiquer si un tel consentement a été obtenu [...] L’obligation de divulguer des informations en vertu des premier et deuxième alinéas s’applique même lorsque l’inventeur a modifié la structure du matériel reçu. L’obligation de divulguer des informations ne s’applique pas au matériel biologique dérivé du corps humain. La violation de l’obligation de divulguer des informations est passible de sanctions conformément au Code civil général §166. Le devoir de divulgation de l’information est sans*

¹⁰¹⁶ Article 27 du préambule de la directive 98/44/CE : « considérant que, si une invention porte sur une matière biologique d’origine végétale ou animale ou utilise une telle matière, la demande de brevet devrait, le cas échéant, comporter une information concernant le lieu géographique d’origine de cette matière, si celui-ci est connu ; que ceci est sans préjudice de l’examen des demandes de brevet et de la validité des droits résultant des brevets délivrés ».

¹⁰¹⁷ Section 6.1 de la loi indienne de 2002 : « nul ne pourra demander un droit de propriété intellectuelle de quelque nature que ce soit pour une invention fondée sur des recherches ou une information relative à une ressource biologique provenant de l’Inde, sans avoir obtenu au préalable l’autorisation de l’administration nationale de la diversité biologique ».

¹⁰¹⁸ Article 80 de la loi costaricienne de 1998 : « avant d’accorder une protection au titre de la propriété intellectuelle ou industrielle aux innovations faisant intervenir des éléments de la diversité biologique, l’office national des semences et les offices d’enregistrement de la propriété intellectuelle et de la propriété industrielle consulteront obligatoirement l’office technique de la commission [nationale de gestion de la diversité biologique]. Le certificat d’origine délivré par l’office technique de la commission et l’attestation de consentement préalable devront toujours être présentés ».

préjudice du traitement des demandes de brevet ou de la validité des droits découlant de brevets délivrés » (traduction).

L'intérêt de cette disposition est alors de régler la question de la divulgation par une règle de conflit de lois faisant directement référence à la loi des pays d'origine de la ressource. Cette solution a en effet le double avantage de se détacher des limites géographiques dans lesquelles se sont confinées les lois indiennes et costariciennes afin d'offrir une véritable protection aux ressources biologiques, peu importe leur origine, mais aussi de s'adapter d'un point de vue diplomatique aux positions des Etats partenaires selon une étude au cas par cas de leur législation.

Enfin, il est intéressant de noter que la sanction du non-respect de cette obligation ne se justifie pas au titre du droit des brevets et ne joue donc aucunement sur la validité du titre, mais consiste en l'application des peines pénales relatives à la présentation d'un faux témoignage écrit à une autorité publique, ce qui permet une application conforme à la lettre actuelle du PCT et de l'Accord sur les ADPIC, nonobstant leurs éventuelles modifications. Répondant alors à la question de savoir comment ces dispositions pouvaient assurer la promotion des objectifs de la Convention de Rio si la demande de brevet ne pouvait être rejetée au seul motif de la non-divulgation de l'origine des ressources biologiques rattachées au brevet, la Norvège indique que la simple exigence de ce type de renseignement suffit à promouvoir les principes inhérents à la protection de la diversité biologique et qu'il faut s'attendre « *à ce que la plupart des déposants d'une demande de brevet respectent cette obligation, même si un manquement à l'obligation de divulgation n'[a] pas d'incidence sur la délivrance d'un brevet. Etant donné que toutes les demandes de brevets seraient accessibles au public, la plupart des déposants jugeraient dans leur intérêt de montrer qu'ils avaient rempli leurs obligations juridiques, tant en vertu de la loi norvégienne sur les brevets qu'en vertu d'autres lois nationales* »¹⁰¹⁹.

369. Exemple du Pérou. Bien que la solution norvégienne se justifie de plusieurs avantages, elle n'a pas été reprise par le Pérou ni la Communauté andine qui ont opté pour une politique plus agressive de lutte contre la biopiraterie. En effet, depuis 1990, le Pérou a conservé une

¹⁰¹⁹ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 4 et 5 juin 2003 », op. cit., n°87.

position constante dans les différents fora de négociation où ce thème a été traité – Organes créés en application de la Convention de Rio, OMC, OMPI – en estimant qu’il est nécessaire d’établir au sein de l’Accord sur les ADPIC (et éventuellement d’autres instruments contraignants comme le PCT, le PLT et le projet SPLT) à la fois une obligation internationale prévoyant la divulgation de l’origine géographique des ressources génétiques faisant partie directement ou indirectement d’une invention, et les sanctions du non-respect de cette obligation, appliquées au titre du droit des brevets¹⁰²⁰.

L’exemple péruvien d’introduction d’une obligation de divulgation au sein de la législation nationale se retrouve à la lecture de diverses normes juridiques dont le règlement de protection des obtentions végétales de 1996¹⁰²¹, la décision n°391 de la Communauté andine¹⁰²², la décision n°486 de la Communauté andine¹⁰²³, la loi de 2002 sur les savoirs

¹⁰²⁰¹⁰²⁰ OMC, « Paragraphe 3B) de l’article 27, relation entre l’Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, la protection des savoirs traditionnels et du folklore : communication du Pérou », 8 juin 2005, op. cit.

¹⁰²¹ Article 15 du décret suprême 008-96 du 6 mai 1996 : « la demande de certificat d’obtenteur doit être présentée à l’office des inventions et des technologies nouvelles et doit indiquer les éléments suivants, ou en être accompagnée, s’il y a lieu : e) l’origine géographique du matériel végétal qui constitue la matière première de l’obtention à protéger, y compris, le cas échéant, un document attestant la provenance légale des ressources génétiques délivré par l’autorité compétente en matière d’accès aux ressources génétiques. f) l’origine et le contenu génétique de l’obtention, y compris tout détail connu concernant la source des ressources génétiques utilisées pour l’obtention et, le cas échéant, toute information concernant tout savoir relatif à l’obtention ». L’article 16 prévoit alors que le non-respect de ces dispositions est sanctionné par une déclaration d’abandon de la demande.

¹⁰²² Disposition complémentaire n°2 de la Décision n°391 de la Communauté andine : « les pays-membres ne reconnaissent pas de droits, y compris de propriété intellectuelle, sur les ressources génétiques, les produits dérivés ou de synthèse et les composants incorporels qui leur sont associés, obtenus ou mis au point à partir d’une activité d’accès non-conforme aux dispositions de la présente Décision. Le pays-membre affecté pourra demander l’annulation ou introduire les actions pertinentes dans les pays ayant conféré ces droits ou délivrer des titres de protection ». De manière plus précise, la disposition complémentaire n°3 prévoit que : « les offices nationaux compétents en matière de propriété intellectuelle exigeront de l’auteur de la demande l’indication du numéro d’enregistrement du contrat d’accès et copie dudit contrat, comme condition préalable à la concession du droit correspondant, s’ils ont la certitude ou des indices raisonnables permettant de croire que les produits ou procédés dont la protection est demandée ont été obtenus ou mis au point à partir de ressources génétiques ou de leurs produits dérivés originaires de l’un quelconque des pays-membres ».

¹⁰²³ Article 26h) et i) de la décision n°486 de la Communauté andine : « la demande de brevet d’invention doit contenir : h) le cas échéant, copie du contrat d’accès, lorsque les produits ou procédés faisant l’objet d’une demande de brevet ont été obtenus ou mis au point à partir de ressources génétiques ou de produits dérivés originaires de l’un quelconque des pays-membres. i) le cas échéant, copie du document attestant la délivrance d’une licence ou l’autorisation d’utilisation des savoirs traditionnels des communautés autochtones, afro-américaines ou locales des pays-membres, lorsque les produits ou procédés dont la protection est demandée ont été obtenus ou mis au point à partir de savoirs originaires de l’un quelconque des pays-membres, conformément aux dispositions de la Décision n°391... » L’article 75 de cette décision sanctionne alors par la nullité absolue du brevet le défaut de présentation de la copie du contrat d’accès.

collectifs¹⁰²⁴ ou la loi de 2004¹⁰²⁵ sur la protection de l'accès à la diversité biologique. Il ressort de ces différentes lois que :

- Toute demande de brevet ou d'obtention végétale demandée présentée à l'Office des inventions et des nouvelles technologies doit être accompagnée, s'il y a lieu, de tout document justifiant l'origine du matériel génétique et le consentement de l'Etat à la prospection, peu importe l'origine de ce matériel.
- La sanction du non-respect de cette obligation se traduit par le refus d'accorder un titre sur l'invention ou, le cas échéant, l'introduction de l'action pertinente aux fins d'annulation du titre au sein de tous les pays-membres de la Communauté andine.
- La Commission nationale pour la protection de l'accès à la diversité biologique péruvienne et aux savoirs collectifs a pour mission d'établir un série de mesures visant à lutter contre la biopiraterie, définie comme étant *« l'accès par des tiers aux ressources biologiques ou aux savoirs traditionnels des peuples autochtones ou leur utilisation non autorisée et sans compensation par des tiers, sans l'autorisation pertinente et en violation des principes établis dans la Convention sur la diversité biologique et dans les lois en vigueur. Cette appropriation peut prendre la forme de contrôle physique, de droits de propriété sur des produits comprenant ces éléments obtenus illégalement ou, dans certains cas, l'invocation de ces droits »*¹⁰²⁶. L'une des mesures établies par la Commission est alors d'évaluer sur le plan technique les demandes et les brevets déposés à l'étranger et portant sur des ressources biologiques ou des savoirs collectifs des peuples autochtones du Pérou afin d'en demander, s'il y a lieu, l'annulation auprès des instances étrangères compétentes. Elle a ainsi pu identifier plus d'une centaine de « cas éventuels de biopiraterie », répartis entre les Etats-Unis (36), l'Union Européenne (6) et le Japon (73).

¹⁰²⁴ Disposition complémentaire n°2 de la loi n°27811 du 10 août 2002 : « le déposant d'un brevet d'invention relatif à un produit ou un procédé obtenu à partir d'un savoir collectif est tenu de présenter une copie du contrat de licence, condition préalable à la concession du droit correspondant, sauf s'il s'agit d'un savoir tombé dans le domaine public. Le non-respect de cette obligation entraîne, selon le cas, le refus de brevet ou sa nullité ».

¹⁰²⁵ Article 4 de la loi n°28216 du 1^{er} mai 2004 : « la Commission nationale pour la protection de l'accès à la diversité biologique péruvienne et aux savoirs collectifs aura pour fonction : c) identifier et suivre les demandes de brevet d'invention présentées ou les brevets d'invention délivrés à l'étranger et portant sur des ressources biologiques ou des savoirs collectifs des peuples autochtones du Pérou. d) évaluer sur le plan technique les demandes déposées et les brevets délivrés visés à l'alinéa qui précède. e) rédiger des rapports sur les cas étudiés, accompagnés de recommandations aux instances compétentes de l'Etat. f) introduire des actions en opposition ou en annulation contre les demandes de brevets d'invention ou contre les brevets délivrés à l'étranger et portant sur du matériel biologique ou génétique du Pérou ou sur les savoirs collectifs de ses peuples autochtones ».

¹⁰²⁶ Disposition complémentaire n°3 de la loi n°28216 du 1^{er} mai 2004.

RESSOURCES\PAYS	Etats-Unis	Union Européenne	Japon
Hermucanti	1	0	11
Camu-Camu	2	0	11
Yacon	15	0	50
Caigua	1	0	0
Sacha Indra	13	0	0
Chancapiedra	4	6	1

TABLEAU N°11 : IDENTIFICATION PAR LE PEROU DES « CAS EVENTUELS DE BIOPIRATERIE »¹⁰²⁷.

Le problème alors posé par cet exemple péruvien est le caractère extraterritorial des lois visant expressément les brevets délivrés par une autorité étrangère, peu importe les éléments de rattachement habituellement convenus dans les règles de conflit de loi de type savinien, qui, en l'espèce, serait le territoire ou la nationalité. Cela aboutit donc à une ingérence des institutions péruviennes dans les systèmes de brevet étrangers par une surveillance systématique de la bonne application des conditions de brevetabilité afin qu'il ne soit pas délivré de brevets indus. Bien qu'elle permette une avancée considérable dans la lutte contre la biopiraterie, cette position a pour défaut de se confronter aux éléments de flexibilité inhérents aux traités internationaux et notamment à leur interprétation faite par les autorités nationales. Autrement dit, il est difficile d'admettre qu'une commission péruvienne puisse dénoncer le travail d'un office des brevets étrangers sur la base de sa propre conception des conditions de brevetabilité et non celle du pays en question¹⁰²⁸. Ainsi, les Etats-Unis¹⁰²⁹ ont pu répondre qu'au sujet de la plupart des demandes de brevets décriées, d'une part la consultation des bases de données américaines révélait que toutes

¹⁰²⁷ OMC, « Paragraphe 3B) de l'article 27, relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, la protection des savoirs traditionnels et du folklore : communication du Pérou », 8 juin 2005, IP/C/W/441.

¹⁰²⁸ En effet, la simple lecture des chiffres énoncés dans le tableau n°12 nous montre que malgré l'harmonisation internationale des conditions de brevetabilité, les divergences d'interprétation ont pour effet que les brevets portant sur le Yacon ont pu être délivrés aux Etats-Unis ou au Japon, et en même temps refusés ou abandonnés dans l'Union Européenne.

¹⁰²⁹ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 8,9 et 31 mars 2005 », op. cit., n°45

les demandes mentionnaient le pays d'origine, et d'autre part, que les inventions mises au point à partir du matériel génétique, étaient apparemment « *nouvelles, utiles et non-évidentes, et satisfaisaient pleinement aux critères de brevetabilité prévus par la loi des Etats-Unis sur les brevets ; les brevets portaient par exemple sur des isolats chimiquement actifs, sur des composés et des compositions chimiques, et non sur la plante elle-même* »¹⁰³⁰. Le Japon¹⁰³¹ a répondu dans la même ligne de vue en déclarant qu' « *après une vérification préliminaire des demandes de brevet japonaises qui avaient été citées, il ne semblait pas y avoir de cas de biopiraterie [...] et la connotation négative des termes 'cas éventuels de biopiraterie' n'était pas justifiée* »¹⁰³².

B – Critiques : la difficile mise en œuvre de l'approche de la divulgation

370. Plan. Contrairement au cas de l'approche à fondement national, les critiques des Etats-membres de l'OMC ont ici principalement porté sur la difficulté de mise en œuvre de l'obligation de divulgation prévue dans les propositions que nous avons étudiées précédemment. Afin de nous concentrer exclusivement sur l'obligation de divulgation¹⁰³³, nous porterons notre étude sur son déclenchement (1), son objet (2), et sa sanction (3).

1 – Le déclenchement de l'obligation de divulgation

371. Un lien direct avec l'invention. Dans un ordre chronologique, la première question qui s'est posée concernant l'obligation de divulgation a été de savoir à partir de quand cette dernière se déclenche. En effet, selon les Etats-Unis, il est difficile de déterminer quel est le degré de relation entre l'invention et la ressource génétique pour que l'origine de cette

¹⁰³⁰ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit., p. 45.

¹⁰³¹ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 25, 26 et 28 octobre, le 29 novembre et le 6 décembre 2005 », op. cit., n°111 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 14 et 15 juin 2005 », op. cit., n°77.

¹⁰³² OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit., p. 45.

¹⁰³³ Sont ainsi exclues de notre étude les questions portant sur la preuve du partage des avantages et sur la relation entre les différents traités internationaux.

dernière doit être divulguée¹⁰³⁴. Selon l'OMPI, une liste des liens sur lesquels il est possible de fonder l'obligation de divulgation peut être envisagée¹⁰³⁵ :

- En se basant sur les principes actuels du droit des brevets, lorsque l'accès aux ressources génétique est nécessaire pour réaliser ou reproduire l'invention revendiquée ; lorsque l'utilisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels appartiennent à l'état de la technique connu par le déposant, de sorte que l'invention revendiquée soit toujours nouvelle et non évidente ; ou lorsque l'utilisation directe des ressources génétiques et des savoirs traditionnels qui y sont attachés permet à ce dernier de devenir un co-inventeur potentiel.
- En dehors des principes actuels du droit des brevets, lorsque l'utilisation des ressources génétiques, au cours de la phase de recherche ayant abouti à l'invention, a joué un rôle fondamental ou accessoire dans sa mise au point ; ou lorsque l'obligation de divulgation résulte d'une extension de la portée d'une obligation légale ou contractuelle en vertu d'un contrat d'accès ou d'une législation relative au droit d'accès.

La liste ainsi proposée par l'OMPI laisse cependant certains Etats-membres de l'OMC dubitatifs en ce qui concerne les possibilités de liens en dehors des principes actuels du droit des brevets alors que « *l'idée, mentionnée dans la proposition de divulgation au titre de l'Accord sur les ADPIC, selon laquelle toute utilisation, même accessoire, serait suffisante pour déclencher l'obligation de divulgation va trop loin* »¹⁰³⁶. Ainsi, la Suisse a pu proposer comme solution intermédiaire de limiter l'élément déclencheur au cas où « *l'invention ait utilisé directement la ressource génétique et que l'inventeur ait eu physiquement accès à cette ressource, c'est-à-dire qu'il ait eu en sa possession ou au moins ait pu en disposer dans une mesure suffisante pour pouvoir déterminer les propriétés de la ressource qui présentent un intérêt pour l'invention* »¹⁰³⁷. Cette solution ne semble pourtant pas convaincre les autres Etats-membres de l'OMC, d'autant plus que la preuve d'un accès physique à la ressource est

¹⁰³⁴ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 1^{er} et 2 décembre 2004 », op. cit. n°27-28.

¹⁰³⁵ www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo.../wipo_grtkf_iwg_3_14.pdf (consulté le 1er juillet 2016).

¹⁰³⁶ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit., p. 58 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 1^{er} et 2 décembre 2004 », op. cit., n°47.

¹⁰³⁷ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit., p. 59 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard le 21 septembre 2004 », op. cit., n°48.

impossible à apporter auprès des offices de brevets afin de demander le rejet de la demande de brevet.

2 – Les difficultés de renseigner l’objet de la divulgation

372. Le Rosy Periwinkle. Pourtant l’utilisation de ces termes laisse certains Etats-membres de l’OMC dubitatifs face à la pluralité des territoires sur lesquels une ressource peut être conservée in situ. La délégation du Taipei Chinois a ainsi posé la question de « *ce qui devrait être divulgué par le déposant d’une demande de brevet si les ressources génétiques pouvaient être achetées légalement sur le marché de plusieurs pays* »¹⁰³⁸.

L’affaire du Rosy Periwinkle (pervenche de Madagascar) nous prouve en effet le désarroi que peuvent ressentir les déposants de brevets lorsqu’ils souhaitent satisfaire leur obligation de divulgation. En effet, la pervenche de Madagascar est une espèce endémique de l’Ile Rouge dont la compagnie Ely Lilly s’est approvisionnée auprès des autorités malgaches puis l’a cultivée au sein ses plantations texanes. Lors des recherches effectuées pour la brevetabilité du Vincristine, la compagnie a découvert que la plante était également endémique des Philippines. Ayant pour base les recherches effectuées par Ely Lilly, l’Université de Western Ontario a déposé un brevet portant sur le Vinblastine, à partir d’un échantillon de pervenche de Madagascar fourni par la Jamaïque. Comme l’énonce Mame Ngoné SOW, « *si l’on devait retenir la notion de pays d’origine des ressources génétiques et/ou des savoirs traditionnels dans le cadre de cette affaire, l’on se retrouverait dans une situation où la détermination du pays d’origine s’avèrerait quelque peu compromise* »¹⁰³⁹, puisque autant la Jamaïque, Madagascar et les Philippines peuvent prétendre au titre de pays d’origine de la ressource génétique issue de la pervenche, alors que les Etats-Unis, la Jamaïque et Madagascar peuvent prétendre au titre de pays fournisseur de ressources génétiques.

373. La distinction entre le pays d’origine et la source de la ressource génétique. La première question au travers de l’affaire du Rosy periwinkle se pose lorsque la source et le

¹⁰³⁸ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 14 et 15 juin 2005 », op. cit., n°89.

¹⁰³⁹ M.-N. SOW, « La pertinence de l’obligation de divulguer l’origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevets », mémoire de l’Université de Montréal, 2011, p. 55.

pays d'origine de la ressource génétique ne sont pas identiques. Cette question a pu être formulée par la délégation suisse de la manière suivante : « *les déposants de demandes de brevets seraient-ils tenus de divulguer la source et le pays d'origine ou pourraient-ils divulguer l'un ou l'autre pour satisfaire à l'obligation de divulgation proposée ?* »¹⁰⁴⁰.

La compréhension de l'obligation de divulgation passe alors par la définition de ces termes. L'article 2 de la Convention sur la diversité biologique définit le pays d'origine comme étant le « *pays qui possède ces ressources dans des conditions in situ* », sachant que les conditions in situ sont les « *conditions caractérisées par l'existence de ressources génétiques au sein d'écosystèmes et d'habitats naturels et, dans le cas des espèces domestiquées et cultivées, dans le milieu où se sont développés leurs propres caractéristiques* ». Concernant la source, la délégation indienne a rappelé que « *le dictionnaire juridique Black définissait la « source » comme le lieu dans lequel quelque chose est trouvé ou dont il est tiré ou dérivé ; ou comme une personne ou une chose qui est à l'origine, qui est l'instigateur ou qui est l'agent principal d'une action ou d'un résultat* ». Autrement dit, « *la source serait le pays duquel le déposant a reçu le matériel génétique, et le pays d'origine, le pays dans lequel la ressource génétique est autochtone* »¹⁰⁴¹.

374. Le pays d'origine. Bien que les Etats partisans de l'obligation de divulgation préconisent la divulgation du pays d'origine et de la source afin d'éviter le risque de confusion avancé par les Etats-Unis¹⁰⁴², l'accent est porté sur le pays d'origine¹⁰⁴³ car c'est à ce dernier qu'appartiennent les ressources génétiques en vertu de la reconnaissance des droits

¹⁰⁴⁰ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, protection des savoirs traditionnels et du folklore et examen de la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC au titre de l'article 71.1 : communication présentée par la Suisse », 30 mai 2005, IP/C/W/446, p. 3.

¹⁰⁴¹ OMC, « La relation entre l'accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels : observations techniques concernant la communication des Etats-Unis soumises par la Bolivie, le Brésil, la Colombie, Cuba, l'Inde et le Pakistan », 18 novembre 2005, IP/C/W/459, p. 5.

¹⁰⁴² OMC, « L'article 27.3B), la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, et la protection des savoirs traditionnels et du folklore : communication des Etats-Unis », op. cit. pp. 2 et 3.

¹⁰⁴³ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit., p. 50 : « *le pays d'origine à divulguer devrait être, autant que possible, celui qui possède les ressources génétiques in situ. Toutefois, si ce pays est inconnu, le déposant devrait indiquer la source des ressources génétiques spécifiques auxquelles l'inventeur a eu physiquement accès et qu'il connaît* ».

souverains prévus par la Convention sur la diversité biologique¹⁰⁴⁴. Cette solution est pourtant critiquée étant donné la difficulté pour le déposant d'identifier le pays d'origine des ressources génétiques, d'autant plus que ce dernier pourra être confronté à une pluralité de pays prétendant à ce titre. Cette difficulté a obligé les pays partisans de l'approche de la divulgation, à l'instar de la Belgique, à limiter l'obligation de divulgation de l'origine que lorsque celle-ci est connue. Il s'agit alors de la seconde question posée par l'affaire du Rosy Periwinkle qui nous montre en effet que le déposant n'est pas toujours conscient de l'ensemble des pays d'origine de la ressource, surtout lorsque cette dernière est endémique de plusieurs pays différents, puisque la découverte de la ressource génétique aux Philippines a eu lieu après les recherches effectuées sur le Vincristine. En effet, l'impossibilité pour les administrations compétentes de vérifier l'ignorance du déposant du brevet facilite grandement le contournement de l'obligation, et l'omission d'un pays d'origine, même de bonne foi, fausse le partage des avantages qui n'aura lieu qu'entre les pays mentionnés. Les Etats-membres de l'OMC, à l'initiative de l'Union Européenne¹⁰⁴⁵, reconnaissent en effet le bien-fondé de ce problème et considèrent qu'il devrait « être réglés par des accords entre les pays d'origine intéressés et dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique. L'un des moyens de faire fonctionner l'obligation de divulgation serait de demander aux autorités nationales de délivrer un certificat reconnu au niveau international, qui attesterait l'origine, le consentement préalable donné en connaissance de cause et le partage des avantages dans un même document, comme en discute actuellement le Groupe de travail de la Convention sur la diversité biologique chargé de l'accès et du partage des avantages. Toutefois, de nombreux pays n'ont pas encore de législation nationale sur l'accès et le partage des avantages et ne sont pas en mesure de délivrer des certificats d'origine »¹⁰⁴⁶. L'obligation de divulgation du pays d'origine ne devient alors possible à mettre en œuvre que si se développent les débats au sein de la Conférence des parties afin d'harmoniser les procédures de délivrance des certificats, alors que le rapprochement procédural – au-delà du rapprochement matériel – entre la Convention sur la diversité biologique et l'Accord sur les ADPIC rajoute un degré de complexité à une approche déjà difficile à appréhender.

¹⁰⁴⁴ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 25, 26 et 28 octobre, le 29 novembre et le 6 décembre 2005 », op. cit., n°138.

¹⁰⁴⁵ OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 14 et 15 juin 2005 », op. cit. n°64

¹⁰⁴⁶ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit., p. 51.

375. La source. Face à ces difficultés, certains pays préconisent donc la divulgation de la seule source. Par exemple, comme nous l'avons étudié¹⁰⁴⁷, la nouvelle section 8b du *Norway patent Act* de 1967 tel qu'amendé en 2004 et 2010 énonce que : « *si une invention concerne ou utilise du matériel biologique, la demande de brevet devra inclure la mention du pays au sein duquel l'inventeur a collecté ou reçu ledit matériel* » (traduction). Or, si cette solution a l'avantage d'éviter le contournement de l'obligation de divulgation puisque la source des ressources génétiques est obligatoirement connue du déposant à cause de la relation contractuelle qui les unit, elle ne convainc pas les pays partisans d'une divulgation complète étant donné l'insuffisance des renseignements nécessaires à la lutte contre les brevets indus. Rappelons à ce titre les pratiques offensives de la Commission nationale pour la protection de l'accès à la diversité biologique péruvienne et aux savoirs collectifs¹⁰⁴⁸ qui a pour mission d'identifier tous les cas d'utilisation illicite de ressources endémiques, alors même qu'elles ont été fournies de manière régulière par un autre Etat. Ainsi, dans le cadre du Rosy Periwinkle, nous pouvons constater que les sources sont les pays fournisseurs de la ressource génétique, soit la Jamaïque et les Etats-Unis, puisque la plante y a été transférée à des fins de cultures. Rien n'empêche alors d'autres déposants de se fournir en ressources génétiques auprès des Etats-Unis, et de mentionner ce pays au sein du fascicule de brevet afin de contourner les obligations prévues par la Convention sur la diversité biologique.

3 – La difficile sanction de l'obligation de divulgation

376. Enumération des différentes solutions nationales. La première difficulté rencontrée au sein des fora internationaux est aujourd'hui de mettre en œuvre une harmonisation internationale des règles définissant la nature même de l'obligation de divulgation. En effet, au vu des différentes législations nationales, plusieurs tentatives de création d'une exigence autonome (c'est-à-dire distincte des mécanismes de divulgation généraux) à différents niveaux ont pu revêtir les formes suivantes :

¹⁰⁴⁷ Cf. n°379.

¹⁰⁴⁸ Cf. n°380.

377. L'encouragement. La première mesure apparue au sein des textes nationaux et internationaux vers les premières années de débat a pris la forme d'une exhortation politique à divulguer des informations détaillées sur les ressources génétiques ou les savoirs traditionnels dans les fascicules de brevet lorsque cela est nécessaire. Cette solution c'est notamment retrouvée dans les Lignes directrices de Bonn de 2002 dont l'article 16 prévoit que les parties contractantes devraient envisager d'adopter des « *mesures visant à encourager la divulgation du pays d'origine des ressources génétiques et l'origine des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales dans les demandes de droits de propriété intellectuelle* ». Nous pouvons également noter l'exemple de la directive communautaire 98/44 qui, à défaut d'article consacré à la question, dispose du considérant introductif n°27 selon lequel : « *si une invention porte sur une matière biologique d'origine végétale ou animale ou utilise une telle matière, la demande de brevet devrait, le cas échéant, comporter une information concernant le lieu géographique d'origine de cette matière, si celui-ci est connu ; que ceci est sans préjudice de l'examen des demandes de brevet et de la validité des droits résultant des brevets délivrés* ». Bien évidemment, les mesures d'encouragement ici énoncées se caractérisent essentiellement par une syntaxe juridique très imprécise et une flexibilité basée sur multiplication des options, démontrant avec flagrance l'absence totale de conséquence juridique sur le traitement de brevet ou sur la validité des droits en cas d'omission^{1049 1050}. Cette linguistique juridique n'est cependant plus tolérée au sein des débats internationaux car nous avons pu constater au cours des dernières années que l'absence de contrainte n'avait pas rendu effective l'adoption de ces mesures.

378. La condition de forme dépourvue de sanction. Certains pays ont privilégié l'adoption d'une mesure qui constitue officiellement une phase de la procédure de dépôt d'une demande de brevet mais qui a un caractère avant tout volontaire puisqu'il n'existe aucune conséquence immédiate en cas d'omission. Parmi eux se trouvent les pays européens qui, en réponse à l'encouragement énoncé au sein du considérant n°27 de la directive, ont adopté les mesures en question, sans pour autant leur apporter un caractère obligatoire. Ainsi le

¹⁰⁴⁹ OMPI, « Projet d'étude technique concernant les exigences relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels », Genève, 1-15 juillet 2003, WIPO/GRTKF/IC/5/10, n°131.

¹⁰⁵⁰ Nous pouvons alors constater que l'Autriche, l'Espagne, la France et les Pays-Bas n'ont toujours pas transcrit cet encouragement dans leurs législations internes.

Patentkungörelsen promulguée par la Suède en 2004 prévoit que « si une invention concerne un matériel biologique provenant d'animaux ou de plantes, la demande de brevet devra inclure des informations sur l'origine géographique dudit matériel. Si l'origine n'est pas connue, cela devra également être indiqué. L'absence d'information concernant l'origine du matériel biologique fourni est sans préjudice du traitement des demandes de brevet ou de la validité des droits découlant de brevets délivrés »¹⁰⁵¹, et le *Patentgesetz* allemand tel qu'amendé en 2009 dispose que « si une invention est basée sur un matériel biologique d'origine végétale ou animale ou si une telle matière est utilisée à cet effet, la demande de brevet doit inclure des informations sur l'origine géographique dudit matériel, s'il est connu. Cela ne porte pas atteinte à l'examen des demandes ou à la validité des droits découlant de brevets délivrés »¹⁰⁵². Bien que l'obligation de divulgation ait été introduite au sein de la procédure de dépôt comme une véritable condition de forme, ce qui la rend contraignante au titre d'une disposition légale, l'absence de conséquence juridique en cas d'omission nous montre ici un exemple de *soft law* qui se base avant tout sur une volonté de faciliter un contrôle des pays fournisseurs de ressources génétiques par la bonne foi du déposant sans pour autant sanctionner un comportement délictueux qui relèvera alors d'autres branches du droit. Cette solution est également critiquée car la possibilité de discuter la juridicité de ces mesures ne répond pas au niveau d'effectivité exigé par les pays fournisseurs de ressources génétiques.

379. La condition de forme ou de fond assortie de sanctions. Si nous voulons assortir l'obligation de divulgation d'une sanction appropriée, la question fondamentale consiste donc à savoir s'il s'agit d'une exigence quant à la forme ou quant au fond. Pour le Groupe de travail sur la biotechnologie de l'OMPI, « cette distinction viserait à déterminer si une condition de ce genre relèverait de la législation nationale en tant que condition de droit matériel, avec pour conséquence que son non-respect entraînerait le rejet de la demande de brevet, ou s'il s'agirait simplement d'une condition de procédure »¹⁰⁵³. La réponse à cette question est alors d'autant plus difficile que tous les cas de figures ont pu être identifiés au sein des législations nationales.

¹⁰⁵¹ Section 5a (traduction).

¹⁰⁵² Section 34a (traduction).

¹⁰⁵³ OMPI, « Projet d'étude technique concernant les exigences relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels », op. cit., n°132.

- Tout d’abord, il est possible qu’une exigence relative à la divulgation puisse être définie comme une pure formalité, en étant intégrée dans la procédure de dépôt au même titre que le paiement de la taxe ou le respect de la présentation de la demande. Dans ce cas, l’obligation s’applique au cours de la demande et, sauf cas particulier, ne peut être soulevée après la délivrance du brevet. Cette solution a été adoptée par la Belgique suite à la modification de sa loi sur les brevets le 28 avril 2005 dont l’article 15§1 qui en ressort énonce : « *la demande de brevet doit contenir [...] une mention de l’origine géographique de la matière biologique d’origine végétale ou animale à partir de laquelle l’invention a été développée, lorsque celle-ci est connue* ». Cet article prévoit donc une exigence formelle qui vise à faciliter la transparence en ce qui concerne l’origine géographique de la source, en créant une obligation – pouvant mener au rejet de la demande – à la charge du déposant sans que cela ne modifie les recherches matérielles effectuées par l’Office des brevets : le formulaire standard, qui invite le déposant à cocher la case correspondant à l’utilisation de ressources génétiques étrangères, prévoit une simple formalité qui tient lieu de déclaration et qui ne peut être vérifiée par l’Office. L’information est alors disponible pour le public au sein des fascicules de brevets¹⁰⁵⁴.
- Ensuite, il est possible que cette exigence soit intégrée dans les conditions de fond quant à la brevetabilité des inventions, au même titre que les conditions de nouveauté et d’activité inventive, ou que les exceptions à la brevetabilité. Cette solution, quoique radicale puisque son non-respect peut être soulevé à tout moment – par exemple lors d’une demande reconventionnelle grevée à une action en contrefaçon – semble logique si nous nous rappelons que les débats sur la divulgation prennent pour origine le réexamen de l’article 27.3 de l’Accord sur les ADPIC qui a pour objet même d’établir les conditions de fond de la brevetabilité. Cette solution a alors été reprise, comme nous avons pu l’étudier, par le Pérou qui définit l’absence de divulgation comme une limite de la brevetabilité. Cette solution est au sein des débats la plus problématique puisque l’Accord sur les ADPIC « *pose une interdiction de créer des conditions*

¹⁰⁵⁴ OMPI, « Policies, Measures and experiences regarding intellectual property and genetic resources: submission by the European Union and its member state », Genève, 3-7 mai 2010, WIPO/GETKF/16/INF/15, annexe 1.

nouvelles de brevetabilité et une interdiction de faire des discriminations relatives à la jouissance des droits de propriété industrielle »¹⁰⁵⁵.

- Enfin, il est possible que cette exigence prenne une nature mixte puisque, comme nous le montre par analogie les exemples de la divulgation générale ou les documents de priorité, une condition de forme peut faire double-emploi avec une condition de fond, tant elle influe sur la capacité juridique d'un déposant à déposer une demande de brevet. Cette solution a été adoptée par la Chine dans sa loi des brevets telle qu'amendée le 27 décembre 2008. En effet, dans son article 26, la Chine entend rattacher l'obligation de divulgation de l'origine des ressources génétiques à l'obligation générale de divulgation de l'invention dont la nature mixte peut se décomposer de la manière suivante : l'existence ou de l'absence de divulgation est une condition de forme, alors que son contenu sera considéré comme une condition de fond.

380. Impact de la nature de l'obligation sur la sanction. De la nature de l'obligation découle celle des mesures correctrices, ces dernières devenant alors tout aussi compliquées à déterminer. La première question qui s'est alors posée devant le Conseil des ADPIC a été de connaître dans quelle cadre juridique ils auront à édicter ces mesures correctives. Les pays européens qui ont défini l'obligation de divulgation comme une condition de fond ou de forme dépourvue de sanction au titre de l'encouragement énoncé dans la directive communautaire 98/44, ont opté pour que les conséquences juridiques de l'inexécution de l'obligation de divulgation soient établies en dehors du champ d'application du droit des brevets. En effet, rappelons que bien que certains pays européens aient cherché à satisfaire les revendications des pays fournisseurs de ressources biologiques en adoptant l'obligation de divulgation, L'Union Européenne s'est avant tout montrée partisane de l'approche à fondement national chère aux Etats-Unis, selon laquelle *« il serait plus judicieux de renforcer les régimes nationaux en dehors du système des brevets afin de suivre une approche globale et de traiter tous les cas de commercialisation de ressources et/ou de savoirs traditionnels ayant fait l'objet d'une appropriation illicite, qui doivent de toute façon être réglés en dehors*

¹⁰⁵⁵ M.-N. SOW, « La pertinence de l'obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevets », op. cit., p. 37.

du système des brevets »¹⁰⁵⁶. Cette position n'est cependant pas partagée par le Brésil, qui considère que « *s'il est vrai que l'imposition d'amendes ou de sanctions en dehors du système des brevets dans le cas de non-respect de l'obligation de divulgation n'influerait pas sur l'issue concrète des demandes de brevet, les objectifs ne seraient pas atteints, car elles n'auraient pas l'effet dissuasif nécessaire concernant l'appropriation illicite* »¹⁰⁵⁷. Nous retrouvons alors dans ces propos la crainte étudiée précédemment, que les bénéfices accordés par la commercialisation des produits brevetés dépassent la valeur pécuniaire des sanctions prévues¹⁰⁵⁸. Le caractère dissuasif de ces mesures est cependant soumis à un caractère subjectif puisque l'Union Européenne considère quant à elle qu'« *il n'a pas été démontré que les conséquences juridiques autres que celles prévues par le système des brevets n'auraient pas un effet dissuasif suffisant sur les demandeurs de brevets qui ne respecteraient pas les obligations de divulgation* »¹⁰⁵⁹.

A l'inverse, les pays partisans de l'approche de la divulgation ont défini l'obligation de divulgation comme une condition de fond ou de forme assortie de sanction entrant dans le champ d'application du droit des brevets : la limitation ou l'annulation des revendications du brevet insuffisamment divulguées, les sanctions civiles et pénales relatives à la fourniture de fausses informations, le refus de délivrer le brevet si la condition n'a pas été satisfaite dans un délai prescrit, l'annulation ou la cession des droits attachés au brevet après sa délivrance... Le choix de la sanction applicable est alors soumis à une multitude de critères : la nature de l'obligation, la bonne foi du déposant, le stade atteint dans la procédure de dépôt, ou encore le degré de satisfaction de l'obligation. La difficulté de ce système est de déterminer quels critères seront utilisés pour l'application de quelles sanctions. Il existe alors autant de cas de figure que de législations :

- Rappelons que, selon le Pérou, la sanction du non-respect de l'obligation de divulgation se traduit par le refus d'accorder un titre sur l'invention ou, le cas échéant,

¹⁰⁵⁶ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique – Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit., p. 55 ; OMC, « L'article 27.3B), la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, et la protection des savoirs traditionnels et du folklore : communication des Etats-Unis », op. cit., p. 2.

¹⁰⁵⁷ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit., p. 56, OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 14 et 15 juin 2005 », op. cit., n°41.

¹⁰⁵⁸ Cf. n°374.

¹⁰⁵⁹ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit., p. 55 ; OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard le 16 juin 2004 », 19 juillet 2004, IP/C/M/44, n°31.

l'introduction de l'action pertinente aux fins d'annulation du titre auprès des instances de tous les pays où le brevet a été accordé.

- Selon le Brésil, « *la révocation ou l'invalidation du brevet ne seraient applicables que dans les cas où, pour des raisons de fraude, la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause et du partage des avantages n'a pas été donnée* »¹⁰⁶⁰. La révocation serait alors une sanction dont l'application est soumise aux conditions suivantes : le brevet a déjà été délivré, la mention de l'origine des ressources biologiques est absente de la description de l'invention, le déposant n'est pas de bonne foi, et la preuve du consentement préalable ou du partage des avantages n'a pas été apportée.
- Selon la Belgique, l'obligation de divulgation est une pure formalité qui ne peut être soulevée après la délivrance du brevet. La sanction prévue est alors le rejet de la demande si celle-ci n'est pas rectifiée dans un délai prescrit¹⁰⁶¹.

¹⁰⁶⁰ OMC, « Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », op. cit., p. 56, OMC, « Compte rendu de la réunion tenue au centre William Rappard les 14 et 15 juin 2005 », op. cit., n°4.

¹⁰⁶¹ Cf. n°390.

CONCLUSION DU TITRE 1

381. Un discours contestataire. Nous avons présenté au sein de ce titre le second jeu de concurrence existant entre les pays développés et les pays émergents. Cette concurrence naît du courant contre-hégémonique qui, souhaitant associer le droit des brevets au développement international, s'appuie sur la croyance que l'Accord sur les ADPIC représente un frein majeur à l'objectif de développement consacré par d'autres traités multilatéraux.

Cependant, comme le remarque Susan SELL, il ne s'agit pas là d'une remise en cause pure et simple de l'Accord sur les ADPIC, mais une volonté d'ajustement du régime international des brevets à certaines questions de développement présentant un caractère d'urgence¹⁰⁶². Concernant la question de la santé publique, la remise en cause du régime s'est manifestée par l'adoption de l'article 31bis de l'Accord sur les ADPIC sur l'exportation de produits fabriqués sous licence obligatoire. Concernant la question de la biodiversité, elle se manifeste par la volonté des pays émergents d'introduire une obligation de divulgation au sein de l'Accord.

La faible application pratique des résultats, et la rupture des négociations exacerbées par un retour au protectionnisme qui se développe parallèlement aux crises économiques du XIX^e siècle, démontrent les faiblesses de l'ordre international. L'OMC se retrouve ainsi dans une posture particulière : le développement des débats risque de dénaturer son objectif premier d'encadrer le commerce international, alors que le blocage des négociations sur les questions de développement lui font perdre peu à peu son statut de forum de négociation au profit d'autres organisations internationales, voire d'un retour à un ordre interétatique. Dès lors, à défaut de pouvoir inclure les questions posées par les nouvelles technologies au sein de l'Accord sur les ADPIC, les Etats-membres de l'OMC tendent à négocier de nouvelles règles en dehors du cadre de l'organisation internationale, et en fonction de leurs spécificités économiques, politiques voire religieuses.

¹⁰⁶² S. SELL, « TRIPs and the Access to medicines campaign », op. cit., p. 498

TITRE 2 : UNE HARMONISATION INTERNATIONALE INADAPTEE AUX SOCIETES NATIONALES

382. La généralisation de la mise en cause du système international des brevets. Les problématiques de développement ne se sont pas limitées aux questions environnementales et de santé publique mais ont ouvert la voie à une mise en cause générale du système international des brevets. De nouvelles questions se posent quant au renforcement général de la protection, et rouvre les négociations sur les difficultés d'accès à tout type de technologie.

La question des transferts de technologie entre ainsi au cœur des débats : l'Accord sur les ADPIC, en renforçant le droit de la propriété intellectuelle dans les pays émergents susceptibles d'obtenir les technologies issues de la recherche au sein des pays développés, a impacté les différentes formes de gains induits par un transfert de technologie. Le renforcement des droits de propriété intellectuelle a longtemps été considéré comme un facteur de l'augmentation des transferts de technologie, en offrant aux pays détenteur et receveur des méthodes de transfert fonctionnelles. Cependant, il ne répond pas aux besoins présents des Etats émergents, dont l'évolution de plus en plus rapide ne leur permet plus d'être satisfaits grâce à ces méthodes traditionnelles.

D'autres questions se posent également concernant l'impact du droit des brevets sur la recherche et le développement, ainsi que la délimitation spatiale de la définition de l'ordre public et de la moralité.

383. Plan. Le présent titre a pour objet de mettre en évidence le généralisation de la remise en cause du système international des brevets et d'étudier la réponse des Etats face au renforcement inadapté de la protection. Ainsi nous verrons d'une part l'importance des données économiques, politique et religieuse dans les débats (chapitre 1), ces dernières étant prises en compte lors de la négociation de traités bilatéraux et régionaux qui forment la voie de sortie du système international des brevets (chapitre 2).

Chapitre premier

Le réel objet de l'adaptation : le droit ou la société

384. La volonté des pays émergents d'un droit adapté aux sociétés. Si nombre d'auteurs citant l'œuvre du Baron de Montesquieu prône la nécessité pour les Etats d'adopter un ordre juridique interne adapté aux sociétés nationales, force est de constater que la pratique des organisations internationales a été de privilégier le mouvement inverse : l'adaptation des sociétés nationales à un droit international fondé non sur le comportement des hommes mais celui des marchés économiques soumis à la mondialisation. Or, si le droit international répond aux évolutions du marché international, il se transpose dans les ordres internes via les lois nationales qui, quant à elles, répondent aux évolutions des sociétés nationales. Ces dernières subissent donc une déformation qui se ressent dans le blocage des négociations et qui, au final, provoque une méfiance envers l'Accord sur les ADPIC, dont les flexibilités se sont révélées insuffisantes.

385. Plan. L'avènement du mouvement d'adaptation du droit international des brevets aux sociétés nationales nous amène à étudier les données sociales, économiques et même géographiques qui ont une influence sur le type de lois qui seront promulguées. Nous différencions alors l'encadrement politique du droit des brevets de son encadrement économique et religieux. En effet, le premier explique les différences encore existantes aujourd'hui entre les anciennes républiques soviétiques et les standards occidentaux en matière de recherche et de développement (section 1), le second tient compte du besoin en transfert de technologies des pays émergents (section 2), et le troisième étudie l'impact des législations islamiques, notamment au regard de la définition de la moralité (section 3).

Section 1 – L'encadrement politique

386. Le triptyque onusien. Nous ne pouvons nier l'importance de l'encadrement politique du droit de la propriété intellectuelle lorsque nous rappelons que les fora internationaux – OMC et OMPI – dans lesquels sont étudiées les questions de droit des brevets prônent le triptyque « droit de l'homme, démocratie, économie de marché », afin « *d'obtenir sans plus tarder une*

élévation progressive des niveaux de libéralisation du commerce [...] par des séries de négociations multilatérales successives »¹⁰⁶³. Le droit des brevets tel qu'il est conçu par l'OMC ne peut alors se développer que dans un contexte politico-économique favorable à une économie de marché, comme nous le montre l'exemple de la disparition du droit soviétique des inventions lors de la libéralisation du marché russe.

387. L'exemple de la Russie. Alors que les critiques internationales l'accusant d'être l'un des premiers pays producteurs d'articles contrefaisants vont à l'encontre de sa volonté de s'intégrer davantage dans les mécanismes du commerce international, la Russie a accordé ces dernières années une intention toute particulière aux questions des droits de propriété intellectuelle.

Le droit russe des brevets est très récent dans un pays où l'idéologie communiste qui s'est appliquée entre 1919 et 1989 a réduit à néant toute propriété, qu'elle soit physique ou intellectuelle. Si certains changements ont débuté avant même la *Perestroïka*, afin d'encourager les investissements étrangers, de véritables réformes ont été engagées en 1990 avec la ratification de l'Accord sur les relations commerciales entre les Etats-Unis et l'URSS, bien que l'effondrement du régime soviétique en ait écourté l'application.

C'est donc dans une Russie post-soviétique que le droit des brevets s'est considérablement développé. Le premier catalyseur de cette modernisation a été la négociation en faveur de l'adhésion de la Russie à l'OMC, poursuivie dès 1995 et aboutie en 2012, qui insiste sur la conformité du droit russe des brevets à l'Accord sur les ADPIC. A cela s'ajoute la mise en œuvre de l'Accord de partenariat et de coopération signé entre la Russie et l'Union Européenne en 1995 et entré en vigueur en 1997, selon lequel la législation russe doit être mise en conformité avec celle de l'Union Européenne et de l'OEB : concernant plus particulièrement le droit de la propriété intellectuelle, la Russie s'était engagée à terminer le processus d'harmonisation avant le 1^{er} janvier 2003.

Ainsi, si nous ne pouvons pas remettre en cause la reconnaissance des droits de propriété intellectuelle en Russie dès le XIXe siècle (I), le développement du droit soviétique des

¹⁰⁶³ Préambule de l'AGCS.

inventions et l'effondrement de l'URSS ont engendré un grand nombre de réformes (II) dont le bon fonctionnement nécessite encore aujourd'hui une évolution de la société russe (III).

I – Chronologie de la reconnaissance de la propriété intellectuelle par la Russie

388. Le droit des brevets de la Russie impériale. Paradoxalement, le droit des brevets est une notion à la fois ancienne et nouvelle en Russie au regard des différentes lois promulguées et de la rupture provoquée par soixante-dix ans de régime soviétique. Ainsi, si le droit russe des brevets est très récent, la Russie n'en reste pas moins l'un des premiers pays à avoir reconnu l'existence des droits de propriété intellectuelle.

Ainsi, bien avant l'instauration du régime soviétique, la Russie impériale prévoyait une protection effective des droits de propriété intellectuelle, similaire à celle des autres pays européens à la même époque. La toute première loi russe sur les brevets du 17 juin 1812 est restée en vigueur tout le long du XIXe siècle. Elle aura été remplacée par une loi plus complète le 20 mai 1898 afin d'assurer la conformité du droit russe aux dispositions de la Convention de l'Union de Paris, que la Russie impériale n'aura finalement pas eu l'occasion de ratifier¹⁰⁶⁴.

La fin de la première guerre mondiale présente alors une date de rupture à partir de laquelle la reconnaissance du droit des brevets – ou du droit des inventions – est devenue chaotique.

389. La chute de la Russie impériale. L'instauration du régime soviétique dès la fin de la première guerre mondiale a abouti à la promulgation d'un décret en 1918 selon lequel tous les travaux scientifiques, mais aussi littéraires, musicaux et artistiques publiés ou non relevaient d'office de l'autorité de l'Etat. Ce décret fut remplacé le 30 juin 1919 afin d'introduire la protection par le certificat d'auteur. Ce dernier, comme nous l'avons étudié¹⁰⁶⁵, accordait un droit moral de paternité et – en autres avantages – une rémunération forfaitaire à l'inventeur, bien que l'Etat détenait seul les droits à la fois d'exploiter l'invention et d'interdire cette exploitation à un tiers.

¹⁰⁶⁴ Sur les raisons de l'abandon de la Russie, cf. M. ELST et K. MALFLIET, « Intellectual Property in the Russian Federation : a system in transition », Bruylant, 1994.

¹⁰⁶⁵ Cf. n°76.

Le décret du 13 novembre 1922 et la loi de 1924, largement inspirée de la loi allemande, est intervenu dans le cadre de la Nouvelles Economie Politique, dont l'objet a été d'introduire un ensemble de réformes favorables à l'économie de marché et aux investissements étrangers à la fin de la guerre civile. Parmi ces réformes, le décret de 1922 a tenté de rétablir la titularité des droits exclusifs à l'inventeur pour une durée de 15 ans. Ce système, décrit comme l'exemple même d'une suspension stratégique de l'idéologie soviétique à des fins de reconstruction du pays¹⁰⁶⁶, aura cependant aussitôt été abrogé en 1930 par Staline.

Dès le 9 avril 1931, une nouvelle loi est adoptée afin de réintroduire le certificat d'auteur et le monopole de l'Etat sur les inventions jugées utiles. Cette loi aura été décrite comme la première véritable loi soviétique sur les inventions : *« C'était [...] illusoire pour la loi sur les brevets de 1924, de disposer, sans le qualifier, que le titulaire du brevet avait le droit exclusif d'exploiter industriellement dans l'URSS et, en particulier, de fabriquer, de vendre, de commercialiser et d'exploiter de manière générale l'objet de son invention à des fins industrielles. Beaucoup plus proche de l'état actuel des choses, la nouvelle loi qui lui confère le droit principal du titulaire du brevet, quelle que soit la nationalité, non pas le droit d'exploiter son invention pour son propre compte, mais le droit d'empêcher quiconque de travailler l'invention sans son consentement - puis procéder immédiatement à la fourniture de licences obligatoires »*¹⁰⁶⁷. Ainsi, au regard d'une économie planifiée, le brevet devient vide de sens alors que les titulaires ne peuvent pas en tirer profit, et le certificat d'auteur s'intègre parfaitement à la logique du plan.

Ces principes n'auront alors pas été remis en cause par la loi de 1959 : si l'inventeur conserve le choix entre le brevet et le certificat d'inventeur, les droits et avantages accordés favorisent essentiellement ce dernier. Ainsi, à la fin des années 1950, on n'aura dénombré qu'une dizaine de brevets en URSS¹⁰⁶⁸. Comme l'énonce Barbara PICK : *« par voie de conséquence, jusqu'à la fin des années 1950, la stratégie de l'URSS pour soutenir son développement scientifique et technique se limite à deux moyens principaux : soit développer elle-même et de façon indépendante sa propre technologie, soit copier la technologie étrangère sans l'autorisation de ses inventeurs et, assurément, sans leur payer de droits. Au début des années*

¹⁰⁶⁶ Par exemple : V. VARGIN, « Predlagaemye Resheniia Neposledovatel'ny [Proposed solutions are inconsistent] », Sov. Iust., n°4, 1989, p. 26.

¹⁰⁶⁷ Auteur anonyme, « The Soviet Patent Act 1931 », 172 The Law Times 120, 8 août 1931, page inconnue (traduction).

¹⁰⁶⁸ B. PICK, « Le droit de la propriété industrielle en Russie post-soviétique et la lutte contre la contrefaçon », Revue d'études comparatives Est-Ouest, vol.37, 2006, p. 174.

1960, il paraît évident que copier les inventions étrangères n'est nullement efficace étant donné que les ingénieurs soviétiques n'acquièrent pas le savoir-faire nécessaire pour l'utilisation optimale de ces technologies. Une telle stratégie se révèle également trop coûteuse en temps et en argent. L'acquisition massive de technologie occidentale avec la coopération consentante et formatrice des ingénieurs étrangers devient donc indispensable à l'URSS pour qu'elle puisse moderniser son industrie et accroître sa productivité »¹⁰⁶⁹.

390. La Détente et la Perestroïka. La loi de 1973 intervient dans une atmosphère de détente, où l'URSS cherche à normaliser ses relations commerciales avec l'Europe et les Etats-Unis en adoptant les traités internationaux que la Russie impériale avait commencé à négocier. Adhérant à la Convention de l'Union de Paris en 1965, au traité instituant l'OMPI en 1967 et au Traité de coopération en matière de brevets en 1970, la loi de 1973 a pour objectif d'assurer la conformité du droit soviétique aux standards internationaux. L'harmonisation n'aura cependant pas été totale puisque cette loi n'a pas garanti un niveau de protection toujours suffisant, notamment en excluant de la brevetabilité certaines formes de technologies comme les médicaments et les inventions biotechnologiques qui, au mieux, pouvaient bénéficier d'une protection par certificat d'auteur.

La libéralisation progressive de l'Union soviétique entamée par les réformes économiques de la *Perestroïka* a amorcé le déclin des principes socialistes fondateurs du droit des inventions – notamment la place centrale de l'Etat dans l'exploitation de l'invention – et, sous la pression des Etats-Unis, le droit soviétique a amorcé son évolution. La conclusion de l'Accord sur les relations commerciales entre les Etats-Unis et l'URSS en juin 1990 par les présidents Georges BUSH et Mikhaïl GORBATCHEV a abouti à un renforcement des droits de propriété intellectuelle sur le territoire soviétique – contre l'application d'une clause de la nation la plus favorisée – par l'adoption de la loi du 31 mai 1991 qui élève la durée de protection par le brevet de quinze à vingt ans, et élargit la protection aux inventions pharmaceutiques et biotechnologiques.

¹⁰⁶⁹ Idem

391. La chute de l'URSS. La loi du 31 mai 1991 n'aura pas eu une durée de vie très longue puisque l'effondrement de l'URSS a posé la question de sa survivance en Russie et dans les nouvelles républiques d'Europe de l'Est et d'Asie : alors que l'article 11 de l'Accord instituant la Communauté des Etats Indépendants a en effet suspendu l'application des lois soviétiques sur son territoire, le Soviet Suprême a adopté un décret le 12 juillet 1992 selon lequel la loi de 1992 continuerait de s'appliquer tant qu'elle n'aura pas été abrogée par une loi nouvelle. C'est ce qui est alors arrivé le 23 octobre 1992, par une loi sur les brevets qui, en dehors des amendements de 2003 et 2006, est toujours en vigueur aujourd'hui.

II – L'évolution de la loi russe

392. Plan. Le système juridique de la Russie a connu au cours de ces vingt dernières années un développement et des changements radicaux. Le développement des régimes de protection des droits des brevets postérieur à l'effondrement de l'URSS illustre une rupture importante avec les institutions soviétiques, remarquable par la rapidité de promulgation des lois nouvelles. Ce point de rupture se ressent dans de nombreuses composantes du droit russe des brevets, dont la disparition du certificat d'inventeur (A), la modification du droit matériel des brevets (B) et le rôle des institutions administratives soviétiques qui ont survécu (C).

A – La disparition du certificat d'auteur

393. Le certificat d'auteur. Comme nous avons pu l'étudier au chapitre premier¹⁰⁷⁰, le droit soviétique des inventions, en contraste avec le modèle juridique occidental, s'était caractérisé par la propriété collective – partagée entre l'Etat et l'inventeur – des inventions protégées par un certificat d'auteur. Ce dernier offrait alors à l'inventeur, dont la paternité était officiellement reconnue, une garantie de paiement fixe d'une redevance ainsi que certains privilèges matériels et sociaux¹⁰⁷¹. L'Etat était alors libre d'organiser l'exploitation de l'invention : si les inventions protégées par des certificats d'auteur ne pouvaient être exploitées par les citoyens, les coopératives, les entreprises publiques et d'autres entités

¹⁰⁷⁰ Cf. n°65 et s.

¹⁰⁷¹ Sur les certificats d'auteur d'invention : M. HIANCE et Y. PLASSERAUD, « La protection des inventions en Union Soviétique et dans les Républiques populaires d'Europe », Librairies Techniques, 1969.

juridiques relevant de l'autorité de l'Etat pouvaient les utiliser sans l'autorisation de l'inventeur.

Selon le Professeur Andrei BAEV, cela revenait à placer les inventions protégées par un certificat d'auteur dans un domaine semi-public : « *les inventions pour lesquelles un certificat d'inventeur a été délivré sont ainsi placées dans un domaine semi-public. L'État conserve le contrôle de l'utilisation des inventions soviétiques en dehors de l'URSS en concluant des accords de licence pour l'exploitation d'inventions à l'étranger et en remplissant diverses tâches préparatoires à cette exploitation, telles que les demandes de brevet et les litiges en matière de brevets* »¹⁰⁷².

394. Application de la loi nouvelle. Le chevauchement de l'ancienne législation avec la loi russe de 1992 a alors présenté un certain nombre de problèmes, dus à la disparition du certificat d'auteur comme moyen de protéger les inventions. Bien entendu, les certificats d'auteur délivrés antérieurement à la loi de 1992 restaient en vigueur s'ils n'avaient pas été échangés contre des brevets¹⁰⁷³. Les inventions alors protégées par ces titres n'étaient pas soumises à un droit exclusif de l'inventeur, mais pouvaient être utilisées librement par l'Etat ou une société de droit privé, sans aucune compensation¹⁰⁷⁴. Cette situation obligeait donc les entreprises étrangères à vérifier la transformation des certificats d'auteur en brevet lors d'échanges commerciaux avec un partenaire russe.

En outre, suite à la privatisation des entreprises publiques et des instituts de recherche et de développement dès l'effondrement de l'URSS, la question de la titularité des brevets et des certificats d'auteur délivrés antérieurement à la loi de 1992 s'est posée, la réorganisation du Ministère de l'industrie, l'abolition des consortiums industriels et la restructuration des entreprises publiques tout juste privatisées n'ayant effectivement pas facilité la reconnaissance des détenteurs des droits. Ainsi, si les brevets étaient transmis avec d'autres actifs de l'entreprise publique, lors de la privatisation, à l'entreprise privée, les certificats d'auteur ne pouvaient suivre cette voie juridique étant donné que l'entreprise publique n'avait jamais eu aucun droit exclusif sur l'invention.

¹⁰⁷² A.-A. BAEV, « Recent changes in Russian intellectual property law and their effect upon the protection of intellectual property rights in Russia », 19 Suffolk Transnat'l L 361, 1996, p. 367.

¹⁰⁷³ Idem, p. 369 (traduction).

¹⁰⁷⁴ Idem

Conformément à la loi civile russe, une entreprise privatisée assumait toutes les obligations de l'entreprise publique à partir du moment où la privatisation avaient été correctement terminée. Cependant, en raison du statut de domaine semi-public applicable aux inventions soviétiques, une entreprise privatisée ne pouvait être en mesure de réclamer la titularité des droits si les actes liés à la privatisation n'avaient pas correctement intégrés les inventions dans le transfert des actifs. Ainsi, en cas de contrefaçon, il était souvent plus important d'analyser le processus de privatisation des entreprises plutôt que les droits de propriété intellectuelle en eux-mêmes.

395. Le droit russe des brevets. La loi de 1992 n'a pas repris le concept de certificats d'auteur pour ne s'intéresser qu'aux brevets. Face à tous ces bouleversements et au besoin de rupture des autorités russes avec l'ancien régime, il nous paraît logique que le nouveau droit russe des brevets ne reprenne pas de concept similaire. Il est pourtant intéressant de noter que l'esprit même du certificat d'auteur n'a pas totalement disparu dans la nouvelle loi, puisque certaines de ces particularités ont été transférées au brevet. Ainsi l'article 7 de la loi de 1992 prévoit que l'auteur de l'invention, du modèle d'utilité ou du dessin industriel ne peut être qu'une personne physique qui, par son travail lui a donné naissance. L'auteur de l'invention est alors titulaire, au-delà du droit au titre, d'un droit de paternité qui lui est personnel, inaliénable et perpétuel¹⁰⁷⁵. Ce droit de paternité a en effet pour objectif de contrebalancer le fait que la Russie, ayant privilégié le processus européen de *first-to-file*, au processus américain de *first-to-invent*, permet aux entreprises de déposer un brevet dont l'acte ne comprend pas forcément le nom de l'inventeur physique.

B – Le droit matériel du brevet

396. Le champ de brevetabilité. L'abolition du certificat d'auteur ayant remis le brevet au-devant de la scène, il est alors devenu inévitable que la définition de la brevetabilité soit développée afin de correspondre au mieux à la nouvelle économie de marché appliquée sur le territoire russe.

¹⁰⁷⁵ C. ARNAUD, « Les principaux droits de propriété intellectuelle en Russie », IRPI, 1995, p. 5.

L'extension du champ de brevetabilité ne s'est faite qu'après l'effondrement de l'URSS, ce qui a montré l'hostilité persistante du régime soviétique envers la protection des inventions pharmaceutiques et biotechnologiques. Il aura en effet fallu attendre la loi du 31 mai 1991 afin de permettre la brevetabilité de ces inventions, dont les dispositions reprennent pourtant presque mot-à-mot celles de la loi de 1973, en excluant explicitement les théories scientifiques, les techniques de gestion et les méthodes commerciales, les symboles, les méthodes scientifiques, les algorithmes et les logiciels, les dessins d'aménagement paysager et les propositions liées uniquement à l'esthétique.

L'évolution du droit russe ne s'est donc pas faite au travers de la syntaxe des lois, par le biais de simples listes exhaustives d'objets brevetables ou exclus de la brevetabilité, mais au travers d'une sémantique particulière liée à la signification du terme « méthode scientifique ». Ainsi, l'interprétation faite de ce texte par la doctrine russe a omis de prendre en considération les précisions contenues dans le projet de loi de 1990 selon lesquelles, le terme « méthode » incluait les inventions basées sur des phénomènes biologiques, les méthodes diagnostics et prophylactiques, tandis que le terme substance employé pour définir positivement l'invention ne devait pas inclure les produits pharmaceutiques¹⁰⁷⁶.

L'avenir du projet de loi de 1990 est en effet extrêmement important pour l'industrie pharmaceutique dont le lobby a eu raison du *Goskomizobretenii*¹⁰⁷⁷. Bien que l'omission des précisions de 1990 dans les lois de 1991 et de 1992 ne signifie pas qu'elles ont été rejetées, la question est traitée indirectement par la disposition définissant la condition d'application industrielle, car aujourd'hui, « *Une invention est considérée comme applicable industriellement si elle peut être utilisée dans l'industrie, l'agriculture, la santé publique et d'autres branches de l'économie, ou dans le domaine social* »¹⁰⁷⁸.

397. Les conditions de brevetabilité. Concernant les conditions de brevetabilité, l'article 3 de la loi du 9 avril 1931 modifiée par la loi du 24 avril 1959 prévoyait que : « *est considérée comme une invention une solution d'un problème technique dans n'importe quel domaine de*

¹⁰⁷⁶ Auteur inconnu, « Reinventing a law on inventions : international aspects of the new russian patent law », 25 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 171, 1991, p. 195.

¹⁰⁷⁷ G.-J. MOSSINGHOFF, « Unfair Foreign Trade Practices : hearings before the Subcomm. on oversight and investigations of the House comm. on Energy and Commerce », 101st Cong. 1st Sess, 1989, p. 58.

¹⁰⁷⁸ OMPI, « Patent System in Russia », OMPI, 2010, p. 5 (traduction).

l'économie nationale, de la culture, de la protection de la santé ou de la défense nationale, caractérisée par une nouveauté essentielle et qui produit un effet positif »¹⁰⁷⁹.

La libéralisation du marché russe et le besoin de rupture avec les principes fondamentaux du communisme ont conduit la Russie, au même titre que les anciennes républiques populaires d'Europe de l'Est, a adopté un droit matériel des brevets principalement influencé par la Convention de Munich. Ainsi, la loi du 31 mars 1991 avant même la traditionnelle description de son processus d'adoption, définit immédiatement les conditions de brevetabilité.

Dès lors, l'étude des nouvelles conditions de brevetabilité correspond à la volonté de la Russie de se conformer aux standards internationaux. Nous noterons en aparté que si ce terme peut être considéré comme auto-explicatif dans notre culture occidentale, il est encore aujourd'hui relativement inconnu en Russie puisque, si le régime soviétique avait toujours soigneusement évité d'utiliser le terme « *patentnosposobnost* » (brevetabilité), pour lui préférer le terme « *okhranospoobnost* » (possibilité de protection) mieux adapté aux certificats d'auteur¹⁰⁸⁰, ce terme a été conservé par tradition¹⁰⁸¹. Ainsi, l'article 6 de la loi de 1991, repris par la loi de 1992, abandonne les conditions de nouveauté essentielle et d'effet positif, et énonce qu'une protection (*okhrana*) est accordée pour toute invention nouvelle, inventive, et susceptible d'application industrielle.

C – Le rôle des institutions administratives

398. La modification des administrations. L'obligation de continuité des services publics confrontée à la privatisation des entreprises publiques soviétique n'a pas simplifié la transition de l'ancien régime de protection des inventions au nouveau régime de protection des brevets. L'une des caractéristiques du système soviétiques a été de mettre en place un certain nombre d'administrations publiques ayant pour obligation de stimuler l'activité créatrice et seconder l'inventeur dans le processus d'innovation. L'effondrement de l'URSS a donc posé la question de l'avenir de ces administrations devenues obsolètes dans le cadre d'une économie

¹⁰⁷⁹ Sur la définition de la nouveauté essentielle et de l'effet positif, cf. n°196.

¹⁰⁸⁰ Auteur inconnu, « Reinventing a law on inventions : international aspects of the new russian patent law », op. cit. p. 191.

¹⁰⁸¹ Cependant, il ne s'agira que de pure sémantique puisque l'OMPI traduit cette loi en utilisant le terme « brevetabilité ».

de marché. Certaines ont en effet perduré, à l'exemple de l'académie des sciences¹⁰⁸², du *Soyuzpatent* ou du *Goskomizobretenii*

399. Le *Soyuzpatent*. Les lois de 1991 et 1992 sur les brevets ont traité la question de la représentation juridique d'une manière superficielle qui n'est pas sans rappeler l'incertitude générale sur le statut des conseils en propriété intellectuelle dans les lois soviétiques antérieures¹⁰⁸³. Si la loi de 1924 prévoyant que les personnes résidant à l'étranger devaient mandater une personne de nationalité russe afin de prendre contact avec l'office des brevets avait été amendée en 1927 afin de définir la qualification du mandataire, l'imprécision de la loi de 1931 avait très rapidement abouti à la création d'un monopole de facto de la Chambre de commerce et de l'industrie de Moscou qui, pour gérer le nombre de demandes, créa l'association *Soyuzpatent*.

Ce monopole, alors légalisé par la loi de 1973, avait créé un paradoxe dans la résolution des différends entre deux parties étrangères puisque les deux étaient représentées par le même mandataire.

Si le *Soyuzpatent* a survécu à l'effondrement de l'URSS, l'article 8 de la loi de 1991 s'est attaqué à son monopole en recréant la profession règlementée de conseil en propriété intellectuelle. Il a été transformé en société à responsabilité limitée dont les actionnaires sont les conseils en propriété intellectuelle qui y travaillent¹⁰⁸⁴. Malgré cette transformation, le maintien de cette institution n'a pas résolu la question du monopole de fait les premières années suivant sa privatisation puisque « *les entreprises étrangères, cependant, sont encore susceptibles de se tourner vers le Soyuzpatent et les autres institutions similaires afin de déposer des demandes de brevet, en raison de leur expérience et de leurs liens gouvernementaux bien établis. Mais l'utilisation du Soyuzpatent crée un conflit d'intérêts dans toute procédure contre une entreprise d'Etat ou dans une procédure contraire aux intérêts gouvernementaux* »¹⁰⁸⁵. Il aura fallu en effet attendre plusieurs années pour que la profession

¹⁰⁸² L'académie des sciences n'entrant pas directement dans la procédure de dépôt de brevets, nous étudierons son cas ultérieurement.

¹⁰⁸³ E. MUSKEY, « Between citizen and State : the Soviet bar (advokatura) under Gorbachev », 28 Colum. J. Transnat'l. L.96, 1990, p. 96.

¹⁰⁸⁴ www.soyuzpatent.ru (consulté le 1er juillet 2016)

¹⁰⁸⁵ Auteur inconnu, « Reinventing a law on inventions : international aspects of the new russian patent law », op. cit., p. 204 (traduction).

de Conseil en propriété se développe dans les principales villes de Russie afin de résoudre ce problème¹⁰⁸⁶.

400. Le Goskomizobretenii. Sous l'ancien système, les réclamations concernant un droit au brevet pouvaient prendre la forme de trois procédures distinctes : administrative, judicio-administrative et judiciaire¹⁰⁸⁷. Les procédures administratives étaient lors menées par le Goskomizobretenii dont la compétence d'appel incluait les décisions des examinateurs¹⁰⁸⁸, l'invalidation et l'examen des brevets et des certificats d'inventeur¹⁰⁸⁹, et les litiges concernant la validité des brevets et des certificats d'auteur par application des dispositions concernant les conditions et le champ de brevetabilité¹⁰⁹⁰. Afin d'examiner les plaintes, le Goskomizobretenii disposait d'un Comité d'Expertise technique et scientifique dont les décisions étaient définitives, sauf en cas d'illégalité déclarée par le Président de l'institution ou en cas de révision pour nouvelles circonstances découvertes.

Les lois de 1991 et de 1992 n'ont pas abrogé les compétences administratives du Goskomizobretenii, la procédure étant restée uniquement administrative. Ainsi, « *en cas de refus de l'Office des brevets de délivrer le brevet, l'appel n'[est] pas porté devant une juridiction mais devant son Comité des appels* »¹⁰⁹¹, et en dernier lieu devant la Grande chambre des brevets.

Il aura donc fallu attendre les réformes sur la justice arbitrale de 2002 et 2011 afin de voir apparaître une procédure judiciaire qui permet le rapprochement des procédures russes aux autres procédures européennes sans pour autant réduire l'importance administrative du Goskomizobretenii. Ainsi, aujourd'hui, en cas de refus de l'office des brevets de délivrer un brevet, un premier recours administratif est obligatoire¹⁰⁹², et « *en cas de décision rejet de l'appel par le Rospatent, il est possible de déposer une demande d'invalidation de la décision*

¹⁰⁸⁶ M. BOGUSLAVSKII, « New Soviet Patent Law », 1 Sov. & E. Eur. Bus. L. Bull. 11, 1991, p. 13.

¹⁰⁸⁷ O.-S. IOFFE, « Soviet civil Law : the impact of Perestroïka on Soviet Law », Albert J. Schmidt Ed., 1988, p. 249.

¹⁰⁸⁸ Article 59 de la loi de 1973.

¹⁰⁸⁹ Article 60 de la loi de 1973.

¹⁰⁹⁰ Article 148 de la loi de 1973.

¹⁰⁹¹ C. ARNAUD, « Les principaux droits de propriété intellectuelle en Russie », op. cit., p. 5.

¹⁰⁹² Ce recours se distingue des recours administratifs français puisqu'il s'applique de manière générale alors que la France ne reconnaît que le recours en poursuite de procédure et le recours en restauration.

devant la Cour d'arbitrage »¹⁰⁹³. La requête doit alors être transmise trois mois après la notification de la décision et en cas de rejet de la part du tribunal arbitral de première instance, un appel peut être formé devant la Cour d'appel arbitrale.

401. Les autres procédures. La procédure judicio-administrative concernait les revendications sur la rémunération des inventeurs par une entreprise publique pour l'utilisation de son invention la plainte devant être déposée devant le service des paiements de l'entreprise publique dont la réponse était notifiée aux greffes du tribunal. La privatisation des entreprises publiques (et la disparition des services administratifs de paiement) a cependant eu raison de son existence.

La procédure judiciaire concerne la sanction des actes de contrefaçon, dont l'essence même n'a pas été modifiée par la réforme sur les institutions arbitrales de 2002 et 2011.

III – Les défis de la Russie post-soviétique

402. Plan. Les défis que doit surmonter la Russie post-soviétique résultent principalement de la rapidité avec laquelle le cadre légal de protection des brevets a été modifié, par rapport à la lente évolution de la société russe, tant au niveau des mentalités que des institutions. Ainsi, nous pouvons noter les efforts effectués par ce pays afin de renouveler la structure de la recherche (A) et de lutter contre la contrefaçon (B).

A – La nouvelle structure de la recherche

403. Définitions. L'étude de la restructuration post-soviétique de la recherche russe se caractérise par une différence flagrante de vitesse entre l'évolution du cadre légal d'accumulation et l'évolution du système national d'innovation. Pour mieux comprendre cette étude, nous reprendrons les définitions de ces notions proposées par le Professeur Blandine LAPERCHE. Ainsi, un système national d'innovation se définit comme « *étant l'ensemble des institutions publiques et privées impliquées dans la réalisation de processus d'innovation* »

¹⁰⁹³ OMPI, « Patent System in Russia », op. cit., p. 11 (traduction).

et mises en relation les unes par rapport aux autres par des flux financiers, informationnels et par les mouvements de personnes »¹⁰⁹⁴. Le cadre légal d'accumulation se définit comme étant l'ensemble des mesures prises par l'Etat afin de garantir l'accumulation d'un capital social (*« par cadre d'accumulation, nous entendons les formes, les modalités, les moyens de concurrence et de coopération entre les agents économiques qui permettent la réalisation du processus de production »*). Le cadre légal englobe alors la protection de la propriété intellectuelle, les lois anti-trust, les lois fiscales et budgétaires, etc.

404. Le modèle soviétique. Comme nous l'avons étudié au chapitre premier¹⁰⁹⁵, dans les économies socialistes de l'Union soviétique et des républiques populaires d'Europe de l'Est, le système national d'innovation suivait une structure de planification encadrée par l'Etat. Rappelons qu'elle se caractérisait par :

- Un cadre légal fondé sur le plan, la propriété collective et la hiérarchie administrative. Rappelons en effet que la planification de l'activité créatrice a instauré une nouvelle définition de l'économie de la recherche qui n'est alors plus basée sur le profit mais sur le rendement, par l'obtention d'un maximum d'efficacité pour un minimum de dépenses. Cela a engendré des spécificités dans le système national d'innovation comme la thématisation des plan, le calendrier de planification, ou encore la centralisation de la recherche autour d'une administration spécialisée.
- Une distinction forte entre la recherche fondamentale et la recherche appliquée, puisque la première était régie par l'Académie des sciences et de la recherche alors que la seconde était laissée aux instituts de branches.
- La division de la production en branches, où les entreprises étaient surtout des unités de production et non des unités de recherches
- Des flux d'informations de finance verticaux
- Une faible interaction avec les systèmes étrangers d'innovation, puisqu'il était interdit à un ressortissant russe de déposer une demande de brevet en dehors de l'URSS et que l'entrée de la technologie étrangère s'effectuait au coup par coup et sans le consentement de l'inventeur

¹⁰⁹⁴ B. LAPERCHE, « Le système national d'innovation russe en restructuration. Réformes institutionnelles et politique industrielle », *Innovations*, 2007/2, p. 73.

¹⁰⁹⁵ Cf. n°69.

La recherche planifiée était ainsi soumise à une logique dirigiste qui, selon le Professeur Blandine LAPERCHÉ, se déroulaient en huit étapes :

- La définition des objectifs caractérisée par le « *repérage des goulots d'étranglement et [la] fixation du taux d'accumulation afin de rendre compatibles les besoins de l'industrie avec le niveau technologique* »
- Le repérage des activités prioritaires, caractérisé par le « *développement du secteur des biens de production* »
- Le bilan de la situation, caractérisé par « *l'inventaire du potentiel scientifique et technique national et des ressources productives* »
- La définition des domaines d'intervention de l'Etat, caractérisée par le « *développement d'institutions de formation et d'incitation [et la] formulation de programmes de formation et d'investissement selon les objectifs préétablis* »
- L'acquisition de savoir et de technologies, caractérisée par la « *fixation de normes d'apprentissage selon le degré de développement du potentiel scientifique et technique et des capacités de production, [et par le] choix des technologies et des formes d'acquisition des technologies selon les objectifs préétablis* »
- La formulation de plans sectoriels, caractérisée par la « *considération des besoins (produits, méthodes, procédés, équipements, compétences) et des activités (élaboration, acquisition de nouvelles technologies) [et par] l'évaluation sectorielle de l'impact des mesures de politique industrielle et de recherche* »
- L'intégration, caractérisée par le « *plan du développement scientifique et technique intégré à celui de l'économie* »¹⁰⁹⁶.

405. La difficile adoption des standards internationaux. Le système russe d'innovation a été profondément marqué par le passage d'une économie planifiée à une économie de marché, et le cadre légal d'accumulation, bien que consolidé pour être conforme aux standards internationaux, souffre encore aujourd'hui d'importantes lacunes. En effet, les résultats de la Russie en matière de production scientifique et technique sont faibles :

¹⁰⁹⁶ B. LAPERCHÉ, « Le système national d'innovation russe en restructuration. Réformes institutionnelles et politique industrielle », op. cit., p. 77.

Concernant la production technique, le Professeur Blandine LAPERCHE énonce que « *les demandes comme les délivrances de brevets par l'office de brevets russe ont fortement diminué à partir de 1991 si l'on compare avec le nombre de certificats d'inventeurs validés à l'époque soviétique : de 150.000 à 200.000 demandes par an et 70.000 à 85.000 délivrances par an dans les années 1980, on passe à environ 30.000 demandes par an après 1991 et à des délivrances qui ont oscillé entre 8.000 et 30.000 par an depuis cette date. Cette réduction s'explique notamment par le peu de stabilité de la situation économique russe et la nécessité de payer pour l'examen et la maintenance d'un brevet, alors que les certificats d'inventeurs étaient accordés gratuitement* »¹⁰⁹⁷.

Concernant la production scientifique, le professeur rappelle que « *la Russie ne représente que 2.7% des publications mondiales en sciences et en ingénierie en 2003, même si elle enregistre de bons résultats dans certains domaines scientifiques comme la recherche spatiale, nucléaire, laser, et dans les domaines liés à l'exploitation de ressources naturelles ou encore les mathématiques* »¹⁰⁹⁸.

406. Le retrait de l'Etat. La baisse de ces statistiques s'explique en grande partie par les mutations profondes qu'a connues le système russe d'innovation afin de s'intégrer dans une économie de marché. Le principal problème de la recherche russe est alors l'importance du financement public par rapport à l'investissement privé dans un mouvement de diminution de l'implication directe de l'Etat dans le fonctionnement de l'économie.

Concernant la diminution de l'implication directe de l'Etat dans le fonctionnement de l'économie, nous remarquons l'importante chute des dépenses nationales dans le domaine de la recherche : « *le pourcentage de R&D par rapport au PIB s'élève à 1.2% en 2004, alors qu'il s'établissait à 2% en 1990. Pourtant, si ce pourcentage est bien plus faible que la moyenne dans les pays de l'OCDE, il est d'une part plus élevé que celui des pays émergents et connaît une croissance au cours des années récentes (le ratio R&D/PIB était tombé à 0.8% du PIB au début des années 1990). Au total selon l'OCDE, il existe un paradoxe russe entre le potentiel scientifique élevé et de faibles résultats en termes d'innovation. Le potentiel scientifique russe englobe non seulement les dépenses consacrées à la R&D mais aussi le*

¹⁰⁹⁷ Idem. p.80.

¹⁰⁹⁸ Idem.

nombre de chercheurs employés dans le R&D, héritage de la période soviétique. Dans ce domaine, la Russie a perdu son leadership... »¹⁰⁹⁹.

	Etats-Unis	Japon	Union Européenne	Russie
1990	2.6%	2.9%	2%	2.1%
1995	2.5%	2.9%	1.9%	0.8%
2000	2.7%	2.9%	2%	1%
2005	2.7%	3.2%	1.8%	1.1%
2011-2013	2.8% (2012)	3.4% (2011)	2%	1.1%

TABLEAU N°12 : DEPENSES MONDIALES EN R&D ENTRE 1990 ET 2013¹¹⁰⁰ (% PIB)

Concernant l'importance du financement public par rapport à l'investissement privé, « *la part la plus importante de la R&D en Russie est financée par le gouvernement (environ 60%) alors que la moyenne du financement public dans les pays de l'OCDE s'établit à 30%. Mais il s'agit d'une moyenne qui gomme la concentration des ressources financières publiques dans des secteurs jugés stratégiques par les pays en question : militaire, aérospatiale, microélectronique, biotechnologie, énergie, matériaux. La R&D du secteur privé, en pourcentage du chiffre d'affaire est assez faible comparée à d'autres pays moins industrialisés. Elle s'élève à 2.6% des ventes en Russie comparée à 3.8% au Brésil et 5.9% en Chine. 10% des entreprises russes déclaraient poursuivre des activités de R&D en 2002, comparé à 25% à 30% ans les pays développés* »¹¹⁰¹. L'ouverture du marché russe aux investissements étrangers n'a pas permis l'amélioration des conditions de développement de la recherche puisque l'attractivité de la Russie, comparée aux pays émergents comme l'Inde ou le Brésil, reste très faible¹¹⁰². Cela a au contraire entraîné l'expatriation des jeunes chercheurs attirés par les conditions de travail en Europe, et la séniorisation de la recherche

¹⁰⁹⁹ Idem.

¹¹⁰⁰ Cf. Eurostat, « Communiqué de presse », Service de presse d'Eurostat, 1995, 2007 et 2014.

¹¹⁰¹ B. LAPERCHE, « Le système national d'innovation russe en restructuration. Réformes institutionnelles et politique industrielle », op. cit., p. 81.

¹¹⁰² Sur ce point, cf. H. KRIFA-SCHNEIDER et N. BAUDOUIN, « Dynamique et déterminants des IDE en Russie », Innovations Cahiers d'économie de l'innovation, 2007, n°26.

russe : Comme l'évoque le Professeur Yaroslav KUSMINOV, l'âge moyen des doctorants est de 53 ans et l'âge moyen des docteurs à la remise du diplôme est de 61 ans¹¹⁰³.

407. Les objectifs russes pour la cohésion du système national d'innovation. Le système russe d'innovation représente alors un exemple concret de l'inadaptation du cadre légal à la structure politique et économique d'un pays en cours de réforme. L'instauration des standards internationaux en matière de propriété intellectuelle dès le début des années 1990 alors que les structures internes du pays n'étaient pas encore complètement réformées, a accentué les lacunes étudiées dans le domaine de la recherche, et oblige la Russie à revoir en profondeur son mode de fonctionnement. Ainsi, la société russe doit entreprendre de nouvelles réformes pour prendre en compte les points suivants :

- La modernisation de structures de recherche. Bien que la Russie se caractérise par une base scientifique exceptionnellement développée héritée de l'Union Soviétique, les résultats de la recherche sont globalement médiocres au regard de tous les indicateurs de performance en matière d'innovation, selon lesquels les incitations économiques et les réalisations techniques sont insuffisantes¹¹⁰⁴. Certaines mesures ont été prises au cours des années 2000 afin d'inverser la tendance, comme la création des zones économiques sociales, des cités scientifiques, des technopôles et des fonds de capital-risque. Cependant, comme le rappelle l'OCDE, *« si ces projets montrent la détermination du gouvernement à surmonter les obstacles à l'innovation, la prolifération de ces initiatives souligne la nécessité d'une évaluation et d'un suivi attentifs pour minimiser les risques de double emploi, de gaspillage, de recherche de rente et de prolongation de mesures dont les coûts sont supérieurs aux avantages »*¹¹⁰⁵. A ce titre, nous pouvons noter l'ensemble des dispositions prises par le gouvernement russe afin de développer la recherche universitaire, qui, sous l'Union soviétique, était inexistante. Comme le rappelle Irina DEZHINA¹¹⁰⁶, au milieu des années 2000, le financement de la recherche a considérablement augmenté au sein des

¹¹⁰³ Y. KUSMINOV, A. YAKOVLEV, A. GOKHBERG et al, « New Economy, a chance for Russia », Innovations markets, Russian Expert Review, 2007, p. 6.

¹¹⁰⁴ OCDE, « Etudes économiques de l'OCDE : Fédération de Russie », OCDE, 2011, p. 49.

¹¹⁰⁵ Idem.

¹¹⁰⁶ I. DEZHINA, « Où sont ? Où vont les scientifiques russes ? Ressources humaines et politique de la recherche en Russie », Russie Cei. Visions n°4, juin 2005.

établissements d'enseignement supérieur, bien que ces derniers n'égalent toujours pas la productivité et la notoriété des instituts de l'Académie des sciences.

- La modernisation administrative. Le Président Medvedev a clairement indiqué dans son discours du Forum de Saint-Pétersbourg de 2011 que la modernisation de l'économie de la Russie passe obligatoirement par l'amélioration de l'administration publique : *« nous ne pourrons surmonter notre dépendance à l'égard des exportations de matières premières et améliorer notre qualité de vie qu'à condition de vaincre la corruption, de mettre en place une administration publique efficace et de bâtir un système financier de qualité »*¹¹⁰⁷. C'est en effet d'un point de vue administratif que le passage à l'économie de marché a été le plus marquant. Bien que toute l'administration russe ait été modifiée du jour au lendemain – dont principalement la compétence des institutions et la nature des tâches effectuées – elle conserve encore aujourd'hui d'importants vestiges de l'ère soviétique. Les administrations spécialisées dans la propriété intellectuelle n'ont pas échappées à cette règle. D'une part, le rôle prépondérant de l'Académie des sciences démontrent encore aujourd'hui un certain degré de centralisation de la recherche, malgré les tentatives que nous avons mentionnées pour intégrer les universités dans le système russe d'innovation. D'autre part, la complexité des procédures de dépôt et les compétences élargies du *Rospatent* – notamment en matière de voie de recours – nous rappellent l'importance des procédures administratives sous l'Union Soviétique.
- La modernisation du marché russe. Comme l'énonce l'OCDE, *« les pouvoirs publics russes, qui ont hérité de l'époque soviétique la conception d'une innovation essentiellement déterminée par l'offre, devraient accorder davantage d'attention à la demande et aux utilisateurs, qui contribuent à favoriser et façonner l'innovation. Cette vision d'une innovation poussée par la technologie, qui a caractérisé jusqu'ici l'action publique russe, présente de sérieuses limites dans une économie de marché, où les connaissances des clients influent de manière cruciale sur les innovations »*¹¹⁰⁸. En effet, la Russie, comme de nombreux pays émergents, tend à focaliser ses unités de recherche sur le développement de secteurs de haute-technologie particuliers, comme la défense et l'aérospatiale, qui ne répondent pas forcément aux besoins du marché russe, tourné principalement vers les industries de faible technologie, la transformation

¹¹⁰⁷ OCDE, « Etudes économiques de l'OCDE : Fédération de Russie », op. cit., p. 50.

¹¹⁰⁸ OCDE, « Etudes économiques de l'OCDE : Fédération de Russie », op. cit., p. 49.

des matières et les services. Ainsi, « *Les programmes d'innovation en Russie comme ailleurs doivent reposer sur une approche équilibrée du soutien apporté aux secteurs économiques de haute technologie et de faible technologie, et les autorités doivent se garder de toute focalisation à courte vue sur les hautes technologies [...] Les possibilités d'innovation existant dans les industries de faible technologie et dans les services, ainsi que leurs retombées positives, devraient être davantage prises en considération* »¹¹⁰⁹.

B – Le défi de la lutte contre la contrefaçon

408. La lutte contre la contrefaçon. Le problème le plus souvent évoqué concernant le droit russe des brevets reste avant tout celui d'une faible application dont il découle des phénomènes de contrefaçon. Le changement du statut légal a en effet pris du temps pour s'intégrer dans la société russe. Lorsque le droit exclusif appartenait à l'Etat, l'invention pouvait alors être exploitée par les entreprises qui encore aujourd'hui « *sont toujours enclines à penser qu'elles peuvent utiliser les résultats du travail d'autres personnes sans [leur] autorisation* »¹¹¹⁰.

Selon le Professeur Olga BARANNIKOVA, cette situation est à l'origine de l'entrée tardive de la Russie au sein de l'OMC. Bien que de nombreuses réformes ont été engagées au cours des années 2000, l'année 2012 représente l'apogée de la propriété intellectuelle en Russie, suivie d'un rapide déclin décrié par les Etats Unis : « *les États-Unis sont préoccupés par le fait que l'application des droits de propriété intellectuelle a continué de diminuer globalement en 2013, après une baisse spectaculaire en 2012, et souffre du manque de transparence et d'efficacité. Les parties prenantes s'inquiètent de la fabrication et de la vente au détail de produits contrefaits, y compris des contrefaçons de produits chimiques agricoles, d'électronique, de technologies de l'information, de pièces automobiles, de biens de consommation, de machines et d'autres produits. Les actions visant à lutter contre le piratage*

¹¹⁰⁹ Idem.

¹¹¹⁰ B. LAPERCHE, « Le système national d'innovation russe en restructuration. Réformes institutionnelles et politique industrielle », op. cit., p. 80.

des utilisateurs finaux ont fortement diminué, y compris les raids, les actions pénales, et les sanctions judiciaires »¹¹¹¹.

Les mesures adoptées par la Russie qui nécessitent alors un approfondissement portent d'une part sur la sévérité des sanctions des actes de contrefaçon (1) et d'autre part sur le travail des autorités douanières pour les révéler (2).

1 – Les sanctions des atteintes au droit exclusif du brevet

409. Le silence législatif. Lors de sa promulgation, la loi sur les brevets de 1992 ne comptait aucune disposition sur les sanctions en cas de violation des droits exclusifs de l'inventeur. Tout au plus il était déduit du caractère exclusif des droits que toute personne exploitant le brevet sans l'autorisation de son titulaire portait atteinte au brevet¹¹¹². Aucun élément constitutif précis n'ayant été mentionné, il appartenait au juge de se référer aux dispositions sur l'étendue des droits pour déterminer l'existence d'une infraction¹¹¹³.

Ce manque de précision était d'autant plus étonnant que la loi de 1992 sur les marques de fabrique assurait une protection efficace des droits par une définition précise des éléments constitutifs de l'atteinte au droit des marques, et par la mise en œuvre de sanctions sévères, considérablement plus lourdes de celles prévues par l'amendement de la loi sur les brevets de 2003¹¹¹⁴.

410. Définition de l'atteinte. Il aura donc fallu attendre l'amendement du 7 février 2003 afin d'obtenir pour la première fois des précisions sur la nature des actes de contrefaçon de brevets, selon une liste d'actes pouvant être interdits par le titulaire du brevet. Cette liste, largement inspirée du modèle européen depuis la mise en œuvre de l'Accord de partenariat et

¹¹¹¹<http://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCEQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ustr.gov%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2FUSTR%25202014%2520Special%2520301%2520Report%2520to%2520Congress%2520FINAL.pdf&ei=1H5wVLfNCJLgatnfgMAO&usg=AFQjCNHekka9DYAB8iDcFA6TNF7zB3X0QA> (consulté le 1er juillet 2016) (traduction).

¹¹¹² Article 16 de la loi de 1992.

¹¹¹³ B. PICK, « Le droit de la propriété industrielle en Russie post-soviétique et la lutte contre la contrefaçon », op. cit., p. 184.

¹¹¹⁴ Ainsi, la fourchette d'évaluation de l'amende est encore aujourd'hui comprise entre 3.000 et 160.000 USD pour l'atteinte aux droits conférés par une marque, et entre 5.800 et 17.000 USD pour l'atteinte aux droits conférés par un brevet.

de coopération signé entre la Russie et l'Union Européenne en 1995 et entré en vigueur en 1997, sanctionne en particulier la fabrication, l'utilisation, la vente, l'offre à la vente, l'importation et le stockage des produits brevetés ou issus d'un processus de fabrication breveté¹¹¹⁵. La conséquence de cette nouvelle définition est de ne plus considérer les droits conférés par le brevet comme un droit positif d'exploiter d'invention, mais comme un droit d'interdire certaines utilisations de l'invention par des tiers pour une durée limitée par les vingt années de protection.

411. Les sanctions civiles. Surtout, l'intérêt de l'amendement de 2003 a été de déterminer précisément les sanctions encourues par le contrefacteur. Ces sanctions relèvent également d'une inspiration européenne puisque, outre l'obligation de cesser l'acte constitutif de la contrefaçon, la loi ordonne le versement de dommages-intérêts calculés en fonction des profits réalisés, et du manque à gagner subi par le titulaire du brevet. Toutefois, comme le remarque Barbara PICK, « *le montant des dommages et intérêts limités au seul manque à gagner de l'entreprise peut correspondre à une somme symbolique, nullement dissuasive pour le contrefacteur* »¹¹¹⁶.

412. Les sanctions pénales. La question des sanctions pénales s'est révélée plus délicate. L'article 141 du Code pénal soviétique de 1960 prévoyait déjà des sanctions pour atteinte aux droits des auteurs et des inventeurs pour des actes de contrefaçon dont la définition était beaucoup plus étroite qu'aujourd'hui¹¹¹⁷ car lié au droit de paternité de l'inventeur, et non à son droit patrimonial. Conformément à l'article 61 de l'Accord sur les ADPIC qui exige des membres l'établissement de « procédures pénales et des peines applicables au moins pour les actes délibérés de contrefaçon de marque de fabrique ou de commerce », la réforme du Code pénal russe de 1997 a également introduit des sanctions en cas de violation des droits conférés par le brevet : une amende de trois fois le montant du salaire minimum et une peine de travaux correctifs d'une durée de deux ans. Ces sanctions ont été fortement alourdies en avril

¹¹¹⁵ Article 10 de la loi de 1992 amendée en 2003.

¹¹¹⁶ B. PICK, « Le droit de la propriété industrielle en Russie post-soviétique et la lutte contre la contrefaçon », op. cit., p. 185.

¹¹¹⁷ OMPI « Protection des droits de propriété intellectuelle en Fédération de Russie et changements récents apportés à la législation dans le domaine de la lutte contre la contrefaçon et le piratage », WIPO/ACE/2/5, 19 mai 2004, p.14.

2003 par une amende de deux cents à quatre cents fois le montant du salaire minimum (soit une fourchette de 5.800 à 17.000 USD), une peine de travaux de 180 à 240h ou une peine de deux ans de prison. La dernière modification du 1^{er} mars 2012 prévoit aujourd'hui une amende modulable jusqu'à 200.000 Roubles (soit 4.400 USD), une peine de prison de deux ans ou une peine de travaux correctifs de 480h.

Si ces peines pénales sont aujourd'hui considérées comme suffisamment sévères, Barbara PICK déplore que « *ni la confiscation des produits illicites non plus que celle du matériel utilisé pour leur fabrication ne sont prévues* »¹¹¹⁸. Cet oubli est d'autant plus marquant que la loi sur les marques, prévoit à titre de sanctions civiles la confiscation et la destruction des biens contrefaisants sur demande de la partie plaignante. Il semble toutefois que le Plénum de la Cour suprême de la Fédération de Russie se soit saisie de la question puisqu'elle énonce, au point 30 de sa décision n°14 du 26 avril 2007 relative la pratique des tribunaux appelés à connaître des affaires pénales d'atteinte au droit d'auteur, aux droits connexes, aux droits des inventeurs ou aux droits des brevets, ainsi que des affaires d'utilisation illicite des marques, la confiscation et la destruction des biens contrefaisants aux frais de l'auteur de l'infraction, et ce même en absence de dispositions législatives en la matière¹¹¹⁹. Certains auteurs appellent tout de même à un nouvel amendement du Code pénal afin d'assurer la légalité de la sanction¹¹²⁰.

2 – Le rôle des autorités douanières russes dans la lutte contre les activités de contrefaçon

413. Statistiques. Selon les estimations fournies par le Comité d'Etat aux douanes et par la *Coalition for Intellectual Property Rights*¹¹²¹, les deux tiers des produits contrefaisants (tous droits de propriété intellectuelle confondus¹¹²²) en circulation sur le territoire russe ont été

¹¹¹⁸ B. PICK, « Le droit de la propriété industrielle en Russie post-soviétique et la lutte contre la contrefaçon », op. cit., p. 185.

¹¹¹⁹ OMPI, « contribution de la Fédération de Russie », WIPO/AC/4/6, 2007.

¹¹²⁰ B. PICK, « Le droit de la propriété industrielle en Russie post-soviétique et la lutte contre la contrefaçon », op. cit., p. 185.

¹¹²¹ CIPR/AIPM « Counterfeit medicines in the Russian Federation, a survey of leading pharmaceutical producers », Carratu International, Intelligence Bulletin, 2002, n°6.

¹¹²² Si beaucoup de ces infractions concernent le droit des marques ou le droit d'auteur, le droit des brevets est également pris en compte, notamment avec le développement des pharmacies en ligne qui favorisent l'importation de médicaments contrefaisants.

fabriquées localement. Parmi le tiers restant, 30% proviennent de l'Inde, 28% de la Bulgarie, 21% de l'Ukraine, 14% du Kazakhstan, 7% de la Biélorussie, de la Chine et de la Pologne. Ces chiffres révèlent d'une part « un trafic très éclaté et une division internationale du travail au sein du monde de la contrefaçon », et d'autre part que la contrefaçon transfrontalière est issue en quasi-totalité des pays limitrophes. C'est pourquoi les autorités douanières jouent, en Russie, un rôle essentiel dans la lutte contre la contrefaçon, en considération de l'étendue des frontières du pays¹¹²³.

414. L'ancien régime douanier. Comme le rappelle Barbara PICK : « jusqu'en 2004, l'administration des douanes de la Fédération de Russie ne disposait d'aucun pouvoir légal lui permettant de détecter les marchandises de contrefaçon et de leur refuser l'entrée sur le territoire russe. Le Code des douanes tel qu'il avait été adopté en 1993, et qui est resté inchangé pendant plus de dix ans, ne contenait en effet aucune disposition sur les mécanismes de protection des objets de propriété intellectuelle »¹¹²⁴. Les autorités douanières disposaient en tout et pour tout d'un délai maximum d'inspection de dix jours, non-prorogeable, durant lequel, en cas de suspicion de contrefaçon, elle devait informer le ministère public et les services de l'instruction préliminaire. En cas d'absence de réponse de ces services dans le même délai, les autorités douanières devaient obligatoirement remettre les marchandises saisies en circulation¹¹²⁵. Ainsi, « si [l'article 51 de] l'Accord sur les ADPIC exige des pays membres qu'ils adoptent des procédures permettant au détenteur de droits de présenter aux autorités administratives ou judiciaires compétentes une demande écrite visant à faire suspendre la mise en libre circulation de marchandises douteuses par les autorités douanières en cas de présomption renforcée de contrefaçon, le système douanier russe ne respectait pas ces dispositions »¹¹²⁶.

¹¹²³ En effet, alors que le transport de contrefaçon en Europe se concentre avant tout dans les zones de transit aéroportuaires, les données géographiques de la Russie favorisent le transport routier beaucoup plus difficile à examiner étant donnée l'étendue des frontières de ce pays.

¹¹²⁴ B. PICK, « Le droit de la propriété industrielle en Russie post-soviétique et la lutte contre la contrefaçon », op. cit., p. 188.

¹¹²⁵ OMPI « Protection des droits de propriété intellectuelle en Fédération de Russie et changements récents apportés à la législation dans le domaine de la lutte contre la contrefaçon et le piratage », op. cit., pp. 2-3.

¹¹²⁶ B. PICK, « Le droit de la propriété industrielle en Russie post-soviétique et la lutte contre la contrefaçon », op. cit., p. 189.

Le Code des infractions administratives de la Fédération de Russie entré en vigueur le 1^{er} juin 2002 a tenté de remédier à cette situation en fixant des sanctions en cas d'utilisations illicites des marques et des atteintes aux droits d'auteur et aux droits connexes découvertes par les autorités douanières, alors habilitées à dresser des procès-verbaux d'infraction administrative. Cependant, ces nouveaux pouvoirs ne concernaient uniquement les droits d'auteurs et les marques de fabrique ou de commerce, à l'exclusion de tout autre objet de propriété intellectuelle, y compris les brevets.

415. Le nouveau régime douanier. Après quatre ans de débats parlementaires, la loi fédérale du 28 mai 2003 a permis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2004 du nouveau Code des douanes de la Fédération de Russie, et donne aux autorités douanières un rôle beaucoup plus important dans la lutte contre le commerce international de biens contrefaisants. Ainsi l'article 403 prévoit que la protection de la propriété intellectuelle fait partie intégrante des fonctions des autorités douanières. Parmi les nouveautés apportées lors de la promulgation de ce Code, nous remarquons que :

- L'article 152 prévoit de manière générale que les marchandises doivent être mises en circulation dans un délai de trois jours ouvrables à compter de la réception de la déclaration de douanes. Cependant, l'article 359 prévoit que le délai d'inspection peut être prolongé autant qu'il est nécessaire pour permettre aux autorités douanières de trier les marchandises si leur présentation physique ne permet pas de vérifier rapidement et aisément la violation d'un droit de propriété intellectuelle.

- L'article 149.3 prévoit que si les marchandises placées sous la protection des autorités douanières semblent contrefaisantes, leur mise en circulation peut être suspendue. Aucun délai de mise en circulation n'est alors mentionné.

- L'article 393 énonce un principe général selon lequel les autorités douanières prennent les mesures nécessaires pour interdire la mise en circulation des marchandises contrefaisantes, conformément à la législation relative à la propriété intellectuelle.

416. L'absence de réformes du Code des infractions administratives. Bien que les réformes du Code des douanes aient été saluées, il est dommage que le Code des infractions

administratives ne suivent pas le mouvement puisqu'il restreint encore aujourd'hui les pouvoirs des autorités douanières russes aux seuls droits d'auteurs, droits connexes et marques de commerce ou de fabrique. L'exclusion des brevets n'est effectivement pas contraire à l'Accord sur les ADPIC puisque nous pouvons rappeler que son article 51 dispose que : « *les Membres adopteront, conformément aux dispositions énoncées ci-après, des procédures permettant au détenteur d'un droit qui a des motifs valables de soupçonner que l'importation de marchandises de marques contrefaites ou de marchandises pirates portant atteinte au droit d'auteur est envisagée, de présenter aux autorités administratives et judiciaires compétentes une demande écrite visant à faire suspendre la mise en circulation de ces marchandises par les autorités douanières. Les membres pourront permettre qu'une telle demande soit faite en ce qui concerne des marchandises qui impliquent d'autres atteintes à des droits de propriété intellectuelle* ». En d'autres termes, si les mesures visant la suspension de la mise en circulation de marchandises portant atteinte à une marque ou un droit d'auteur sont obligatoirement prises par les autorités douanières, elles sont facultatives en ce qui concerne les brevets. La Russie est donc en droit d'exclure les brevets dans les dispositions de son Code des infractions administratives, bien que cela lui vaille d'être sur la liste prioritaire de surveillance des Etats-Unis.

Section 2 – L'encadrement économique

417. Une divergence d'intérêt. Les lois des pays industrialisés sont canalisées par un dynamisme économique axé sur la recherche, le progrès technique et l'industrie, poussés par les priorités de ces pays que sont la concurrence et la consommation. Ainsi, l'intérêt même de la création de nouveaux produits résulte plus de l'obsolescence des produits anciens que de la prise en compte des besoins basiques de la société, pour la plupart déjà satisfaits depuis longtemps.

La logique économique des pays émergents est non seulement différente de celle des pays industrialisés, mais il serait également erroné de définir une logique commune à tous ces pays. Ainsi, pour une partie d'entre eux, la priorité est la satisfaction des besoins vitaux de la société, le développement des infrastructures sanitaires et administratives, voire les affaires militaires. La répartition des financements est donc peu favorable au développement de la

recherche, et ne permet pas le parallèle avec les systèmes dynamiques américain ou européen. D'autres disposent d'une industrie de production performante mais sont dépendants de l'étranger dans le domaine de la recherche. Ces pays ont alors le choix de fonder leur croissance sur une économie basée soit sur la copie, soit sur les investissements étrangers. Or, seul ce dernier choix s'adapte au mieux à l'élaboration d'un régime de propriété intellectuelle.

Ainsi, le développement de la recherche et de l'industrie dans certains pays comme l'Inde, la Chine, le Brésil ou encore Israël, peut aujourd'hui être comparable à celui de l'Europe. L'économie de ces pays a suffisamment évolué et s'est adaptée à l'application d'un droit des brevets sous influence européenne. Cette évolution est importante dans la compréhension du développement du droit des brevets : la croissance économique de ces pays s'est d'abord basée sur une industrie de copie, créatrice d'unités de fabrication, et permettant de financer peu à peu des pôles de recherche, puis sur les investissements étrangers. Nous apercevons alors les liens unissant le triptyque production-croissance-innovation qui incite à la protection des inventions.

418. Contexte de la colonisation. Comme nous l'avons étudié en première partie, les lois de protection des inventions dans les pays d'Afrique et d'Asie ont, pour la plupart, été adoptées alors que ces pays étaient encore sous la tutelle de l'Europe coloniale. Le caractère précoce de ces législations est la preuve qu'elles n'ont pas pour objet la protection et le développement de l'industrie autochtone. En effet, il est difficilement concevable d'anticiper une volonté de croissance industrielle alors même que la notion de sous-développement n'existait pas à cette époque. L'intérêt dominant est alors celui du pays colonisateur qui va étendre sa propre législation sur les territoires colonisés, d'une part pour faciliter le contrôle administratif et judiciaire de la zone, et d'autre part pour protéger ses propres inventeurs contre l'autonomie relative des gouvernements en place. Dans les autres pays, l'adoption d'une loi sur les brevets s'est faite entre 1970 et 1995, après leur indépendance, les facteurs influents étant la décolonisation, l'urgence de la loi et le niveau satisfaisant d'industrialisation. Nous pouvons alors légitimement croire, face à cette liberté des Etats, que ces lois répondent à des intérêts nationaux. Ce n'est pourtant pas le cas : l'étude sur le terrain nous montre encore une forte

influence du système social et économique européen sur ses anciennes colonies. Ainsi, si la reconnaissance des droits de propriété intellectuelle est fondée sur une doctrine, aujourd'hui obsolète, portant sur les effets bénéfiques d'une protection sur le développement de l'économie (I), Nous mettons en avant que ces effets diffèrent en fonction du niveau de développement de chaque pays émergents (II), ce qui oblige ces derniers à relever de nouveaux défis afin de définir un droit adapté à leur économie (III).

I – La reconnaissance des droits de propriété intellectuelle dans les pays émergents

419. La désuétude des arguments économiques. Les partisans du renforcement des droits de propriété intellectuelle se sont souvent référés à des arguments économiques. Ainsi, Michaël GADBAW et Timothy RICHARDS les ont formulés de la manière suivante : *« il existe des avantages importants que tout pays peut obtenir en mettant en place un régime efficace de protection de la propriété intellectuelle. Plus précisément, la protection de la propriété intellectuelle incite les entreprises à mener des activités nationales de R&D, encourage le transfert de technologie de pointe vers l'économie et sa diffusion dans l'économie et crée une incitation à l'investissement étranger direct »*¹¹²⁷.

Mais si ces arguments ont été maintes fois repris par la Doctrine du XXe siècle sans aucune critique, ils ont tendance aujourd'hui à être remis en cause. Ainsi, en est-il de la stimulation de l'activité inventive (A) et du transfert de technologie (B).

A – La stimulation de l'activité inventive

420. Une nouvelle conception de l'effet stimulateur des brevets. S'il est admis de longue date que la protection des inventions par le brevet stimule l'innovation, et favorise le développement industriel, plusieurs auteurs tels qu'Ejan MACKAAY, Stéphane ROUSSEAU, Matthew SAG, Sami VALKONEN et Lawrence J. WHITE ont tenté de visualiser le rapport complexe existant entre le renforcement des droits de propriété

¹¹²⁷ R.-M. GADBAW et T.-J. RICHARDS, « Intellectual property rights – Global consensus, global conflict ? », Westview Press, 1988, p. 20 (traduction).

intellectuelle et l'incitation à l'innovation, pour en déduire le résultat suivant : dans les pays qui ne disposent d'aucune loi sur la propriété intellectuelle, la récompense de l'innovation se fonde sur de plus faibles institutions et la promulgation de lois sur les brevets doit produire un effet stimulateur sur l'innovation. En revanche, le renforcement des droits de propriété intellectuelle dans un pays qui dispose déjà de lois dans ce domaine a pour effet de nuire à l'innovation, de fait qu'ils interfèrent avec les innovations de filiation.

Le graphique ci-dessous est expliqué par son auteur de la manière suivante : « *puisque le bénéfice net est la différence entre l'avantage incitatif (W) et le coût d'accès (C), nous pouvons représenter le bien-être social net (N) comme suit :*

$$N = W - C$$

La représentation graphique de cette fonction crée une parabole inversée, ce qui nous permet d'identifier facilement plusieurs points sur le continuum $0 < Z < 1$ »¹¹²⁸. Nous pouvons dès lors en tirer plusieurs conséquences importantes.

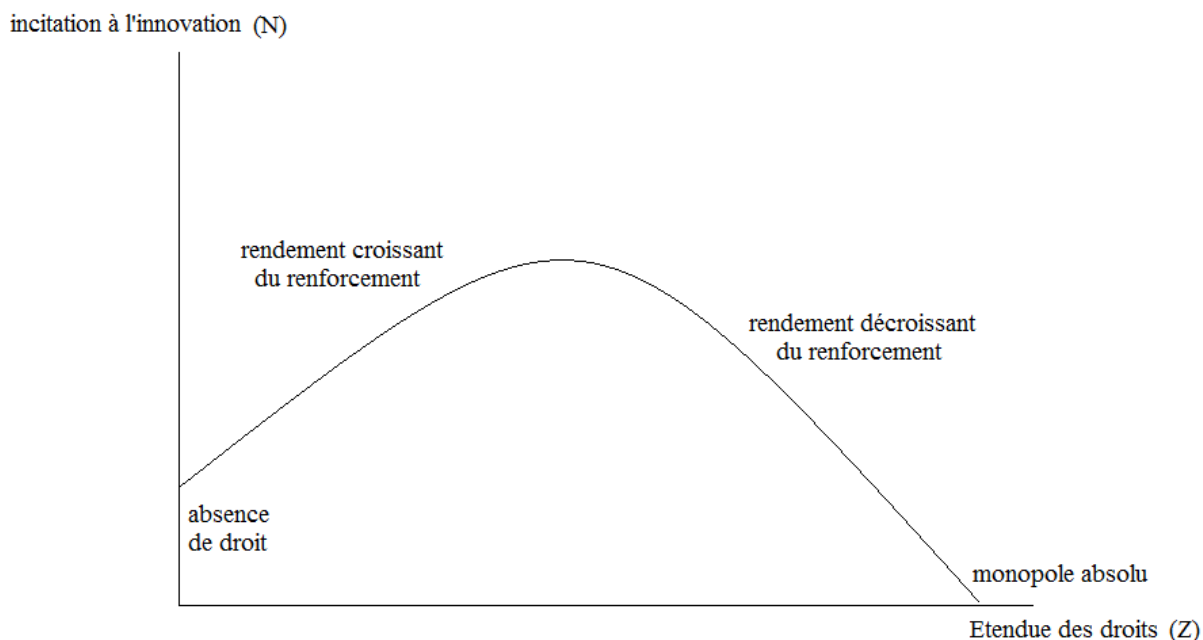


FIGURE N°3 : RAPPORT GENERAL ENTRE L'ETENDUE DES DROITS ET LE NIVEAU D'INCITATION A L'INNOVATION¹¹²⁹

¹¹²⁸ Idem (traduction).

421. Z = 0. Lorsqu'il n'existe aucun droit de propriété intellectuelle reconnu législativement, le niveau d'incitation de l'innovation n'en pas pour autant nul. Ce dernier, en effet, sera alors calculé en fonction de « *protections résiduelles du droit commun* »¹¹³⁰. Ce peut-être ainsi l'exemple des obtentions végétales. La création d'un régime de protection des droits de propriété intellectuelle n'est donc pas nécessaire à l'existence même des structures d'innovation. Cela permettra seulement leur développement.

422. Z = 1. A l'inverse, lorsqu'il existe une protection sans aucune limitation des droits de propriété intellectuelle, l'innovation a tendance à s'arrêter. D'une part, l'entreprise innovante confortée dans son monopole ne ressent pas le besoin de développer ses produits. D'autre part, les entreprises concurrentes ne peuvent innover par peur de la contrefaçon. Ainsi, aux Etats-Unis, la position de la Cour Suprême d'accorder un droit exclusif sur tout ce qui a été fabriqué de la main de l'homme, couplée à l'obligation de l'office américain des brevets de récupérer ses frais, a abouti à l'octroi de nombreux brevets douteux qui, selon la *Federal Trade Commission*, ralentissent considérablement l'innovation¹¹³¹ :

- D'une part, il est communément admis que les litiges en matière de brevets ont un coût exorbitant. Ainsi, selon Adam JAFFE et Josh LERNER, le coût moyen d'un litige en matière de brevets dont l'enjeu dépasse les 25 millions de dollars représente à lui seul 3 millions de dollars, soit environ 15% de la valeur du litige¹¹³². La prolifération de brevets diluant la possibilité pour une industrie d'entreprendre le développement d'une innovation sans risquer d'enfreindre un monopole déjà existant et l'incapacité d'une partie de l'industrie à participer au coût des litiges réduisent de ce fait considérablement la diffusion de la technologie.
- D'autre part, l'octroi de brevets douteux favorise le développement du phénomène de patent troll, selon lequel une société, généralement une coquille vide, ouvre une action

¹¹²⁹ S.-J. VALKONEN et L.-J. WHITE, « An economic model for the incentive/access paradigm of copyright propertization : an argument in support of the Orphan Work Act », 29 Hasting comm. & Ent. L.J. 359, 2006-2007, p. 404.

¹¹³⁰ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, « Analyse économique du droit », Thémis, 2008, p. 307.

¹¹³¹ FTC, « To promote innovation : the proper balance of competition and patent law and policy », FTC, octobre 2003, pp. 5-6.

¹¹³² A.-D. JAFFE et J. LERNER, « Innovation and its discontents », Princeton University Press, 2004, p. 68.

en contrefaçon d'un brevet dont elle est titulaire mais qu'elle n'exploite pas, lorsque le produit concurrent est lancé avec succès.

L'affaire *Blackberry* illustre parfaitement ces deux phénomènes : La société canadienne RIM qui fabrique et commercialise le téléphone est accusé de contrefaçon par la société américaine NTP titulaire d'un brevet, non-exploité par cette dernière, portant sur la communication entre un serveur et un appareil mobile. RIM a, par accord amiable indemnisé NTP d'un montant de 612,5 millions de dollars alors même qu'entre-temps, le bureau des brevets a, lors d'un réexamen, conclu à l'invalidité du brevet en question¹¹³³.

423. 0<Z<1. Enfin, lorsqu'un droit de propriété intellectuelle existe, l'effet du renforcement des droits de propriété intellectuelle dépend de son étendue. Ainsi, si le renforcement d'un droit faible a pour effet d'inciter à l'innovation, elle s'accorde également sur le fait que renforcer un droit déjà bien étendu a pour effet de réduire le niveau d'incitation à l'innovation, notamment par l'interférence avec l'innovation de filiation.

Pour mettre en avant ce résultat, nous pouvons nous fonder sur une première étude comparative de Josh LERNER sur le nombre de demandes de brevets en fonction du type de régime de protection en vigueur dans une soixantaine de pays entre 1852 et 1998. Selon cette étude, analysée par Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, « *le renforcement de la protection par le brevet a un effet plus important dans les pays dont le régime de brevet est moins surprenant. En revanche, dans les pays qui ont déjà une protection forte, comparable aux autres, le renforcement n'a pas d'effet stimulateur additionnel. LANDES et POSNER et d'autres chercheurs concluent dans le même sens* »¹¹³⁴.

Une seconde étude, effectuée par Ronald GILSON¹¹³⁵ nous permet également de douter de la nécessité d'une protection forte de l'innovation dans le but de son développement. Cette étude, qui porte sur l'insertion des clauses de non-concurrence dans les contrats de travail aux Etats-Unis, met en exergue l'opposition entre les lois de l'Etat du Massachussetts¹¹³⁶, où ce

¹¹³³ www.wsj.com/articles/SB114142276287788965 (consulté le 1er juillet 2016).

¹¹³⁴ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, « Analyse économique du droit », op. cit., p. 310.

¹¹³⁵ R. GILSON, « The legal infrastructure of high technology industrial districts : Silicon Valley, Route 128, and covenants not to compete », 74 NYU Law Review 575, 1999.

¹¹³⁶ Où se situe le pôle de recherche nommé « Route 128 ».

type de clause est reconnu par la justice, et les lois de l'Etat de Californie¹¹³⁷ où ce type de clause est interdit car incompatible avec le droit fondamental de chacun de servir de ses propres connaissances. Le résultat est le suivant : *« la route 128 a commencé la course à l'innovation bien avant la Silicon Valley. En 1965, l'emploi total dans la zone de la Route 128 était à peu près le triple de celui de la Silicon Valley. En 1975, l'emploi de la Silicon Valley avait quintuplé, mais il n'avait pas doublé dans la Route 128, mettant la Silicon Valley à environ 15% d'avance dans l'emploi technologique total. Entre 1975 et 1990, l'écart s'est considérablement élargi. Pendant cette période, la Silicon Valley a créé trois fois plus de nouveaux emplois que la Route 128. En 1990, la Silicon Valley a exporté le double de la quantité de produits électroniques que la Route 128, une comparaison qui exclut des champs comme les logiciels et les multimédias. La croissance de la vallée a été la plus forte. En 1995, la Silicon Valley a publié les gains les plus élevés dans les ventes à l'exportation de toute région métropolitaine aux États-Unis, soit une augmentation de 35% par rapport à 1994. La région de Boston, qui comprend la Route 128, n'était pas dans les cinq premiers »*¹¹³⁸.

A ce sujet, Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU nous rappellent que cette différence de résultat entre la Route 128 et la Silicon Valley ne se justifie pas uniquement par une seule différence juridique mais bien par l'adaptation des lois aux modèles économiques établis dans ces Etats. AnnaLee SAXENIAN a fait paraître en 1994¹¹³⁹ une étude dans laquelle elle compare la culture de partage en Californie aux modes de recherche cloisonnés en cours au Massachussetts : *« le modèle d'affaires en Californie serait basé sur des réseaux étendus de petites unités, recombinaisons à volonté, alors que la culture au Massachussetts serait restée prise dans celui des grandes entreprises verticalement intégrées [...] Il est clair que le plus faible niveau des protections que peuvent s'aménager les entreprises californiennes pour leur savoir-faire n'a pas empêché le développement d'un climat d'innovation – bien au contraire »*¹¹⁴⁰.

¹¹³⁷ Où se situe le pôle de recherche nommé « Silicon Valley ».

¹¹³⁸ R. GILSON, « The legal infrastructure of high technology industrial districts : Silicon Valley, Route 128, and covenants not to compete », op. cit., p. 587 (traduction).

¹¹³⁹ A. SAXENIAN, « Regional Advantage : culture and competition in Silicon Valley and Route 128 », Harvard University Press, 1994.

E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, « Analyse économique du droit », op. cit., p. 313.

Elle sera confirmée par une étude subséquente du même auteur qui démontre que les pays tels que la Chine, l'Inde, Israël ou Taïwan qui d'une part ne disposent pas d'une protection très étendue de la propriété intellectuelle et d'autre part ont créé un système de partage analogue à celui de la Silicon Valley, observent un développement spectaculaire de leurs industries idoine. En revanche, la France, l'Allemagne et l'Italie, qui d'une part disposent d'une protection de la propriété intellectuelle étendue et d'autre part continuent de miser sur le modèles des grandes entreprises verticalement intégrées, ne connaissent plus de tels développements¹¹⁴¹.

424. A la recherche de Z*. Ainsi, considérant le modèle économique que nous venons de décrire, il est nécessaire, afin d'atteindre le niveau maximum d'incitation à l'innovation que nous souhaitons, de rechercher l'abscisse correspondant. Ce dernier est cependant difficilement visualisable car les données que nous étudions sont sociétales et ne peuvent être définies aussi précisément que des données scientifiques pures. Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU relèvent cette difficulté en énonçant que : « *si l'effet du renforcement de la propriété intellectuelle dépend, pour ainsi dire, de l'endroit où l'on se situe sur la courbe, il importerait de connaître la forme précise que revêt celle-ci. La figure [ci-dessous] montre comment un optimiste et un pessimiste pourraient s'imaginer la forme de la courbe. Pour l'optimiste, la courbe serait très asymétrique vers la droite. Suivant cette conception, à peu près tout renforcement du droit intellectuel entraînerait une augmentation du bien-être. En revanche, la conception pessimiste verrait l'asymétrie contraire, vers l'axe vertical* »¹¹⁴². Nous pouvons dès lors constater quelles seront les divergences d'opinions entre le pessimiste et l'optimiste puisque si nous nous situons au sommet de la courbe neutre, tout renforcement des droits serait interprété par l'optimiste comme un accroissement du niveau d'incitation à l'innovation, et par le pessimiste comme une diminution de ce niveau.

¹¹⁴¹ A. SAXENIAN, « The new argonauts : regional advantage in the global economy », Harvard University Press, 2006.

¹¹⁴² E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, « Analyse économique du droit », op. cit., p. 307.

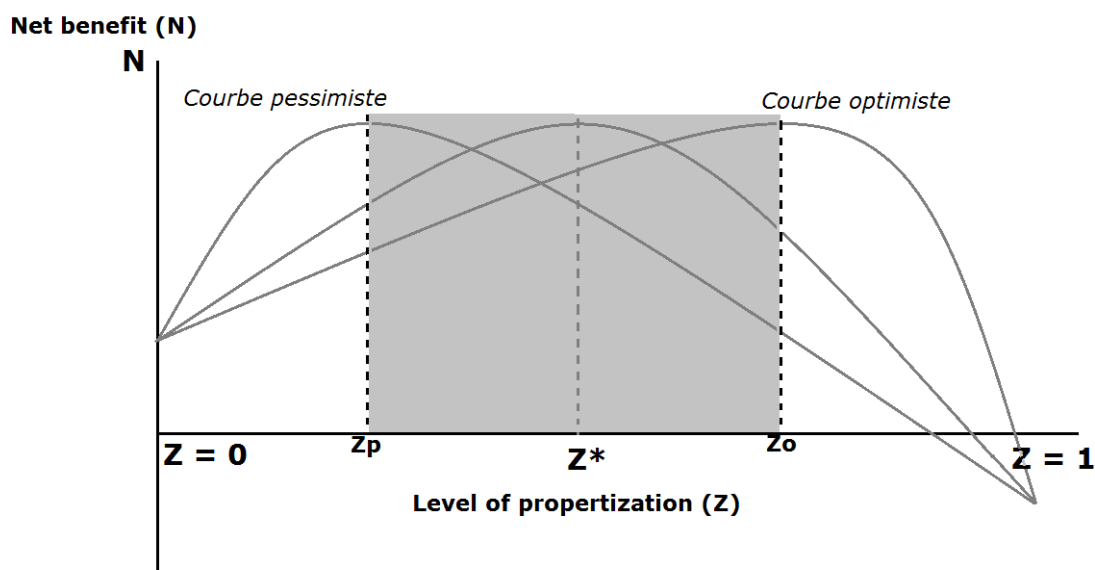


FIGURE N°4 : CONCEPTION PESSIMISTE ET OPTIMISTE DU RAPPORT GENERAL ENTRE L'ETENDUE DES DROITS ET LE NIVEAU D'INCITATION A L'INNOVATION

B – Le brevet comme support du transfert de technologie

425. L'obsolescence de la doctrine ante-OMC. Le brevet a souvent été décrit comme support du transfert de technologie, permettant aux pays émergents d'acquérir la technologie étrangère : parce qu'il est destiné à être exploité sur place, le brevet assure que les populations puissent bénéficier du progrès technique qui en résulte à un niveau local. Cependant, les arguments avancés à l'époque sont à tempérer, puisque si d'un point de vue théorique, le brevet permet effectivement de transférer une technologie d'un pays à un autre, son efficacité est soumise à une définition qui a depuis évolué et qui nécessite une adaptation du processus.

426. Le transfert d'information. Une première définition du transfert de technologie se retrouve en effet dans l'argument selon lequel la délivrance de brevets à des étrangers permettrait à ce pays d'accéder aux connaissances techniques de l'ensemble des Etats. Ainsi, « *en délivrant un brevet pour une invention étrangère, le pays intéressé, par la divulgation qui lui est ainsi faite de cette invention, l'intègre immédiatement dans le patrimoine de*

*connaissances techniques disponible pour ses chercheurs. Il évite, de ce fait, un double emploi éventuel dans les recherches en cours, ce qui constitue une économie et un gain de temps considérables. Cette divulgation lui permet souvent, en outre, de brûler une étape vers la solution d'un nouveau problème. Le véhicule de cet apport de connaissances techniques est le fascicule de brevet mis à la disposition de tous les intéressés. Il faut ajouter, qu'entre les pays qui délivrent des brevets, un échange de fascicule s'est instauré qui permet à tout Etat qui le souhaite de se constituer une documentation quasi-exhaustive sur les techniques brevetées »*¹¹⁴³.

Cet argument, qui définit le transfert de technologie par un transfert d'information, est depuis tombé en désuétude avec la digitalisation des fascicule de brevets, et nous montre l'un des paradoxes du développement du droit des brevets : afin de lutter contre les difficultés d'une part de la prise de connaissance par les pays émergents des techniques disponibles et d'autre part aux problèmes de l'entrée en contact avec les titulaires des brevets, ces quarante dernières années ont vu fleurir un bon nombre de projets – dont le projet suédois de convention sur les contrats de licences, ou le projet de création d'une banque de brevets par l'OMPI – visant à faire circuler l'information technique au sein des pays émergents. Cependant, sa galvanisation disproportionnée par rapport aux négociations inachevées sur l'harmonisation du droit des brevets a eu pour effet de détruire petit à petit son caractère persuasif, jusqu'à devenir totalement obsolète avec l'apparition d'internet.

En effet, aujourd'hui, l'échange de fascicule est devenu obsolète et l'information peut être accessible à tous sur les bases de données des offices des brevets, dès la publication du brevet. La rapidité actuelle du transfert d'informations entre Etats ne permet donc plus de définir un transfert de technologie suffisamment convaincant afin d'être utilisé comme contrepartie lors de la négociation du renforcement des législations des pays émergents. Ces considérations se retrouvent alors dans l'évolution des négociations où, concernant le réexamen de l'article 27.3b) de l'Accord sur les ADPIC, il est nécessaire de redéfinir le transfert de technologie afin d'assurer un réel développement des pays pourvoyeurs de ressources génétiques¹¹⁴⁴.

¹¹⁴³ M. HIANCE et Y. PLASSERAUD, « Brevets et sous-développement », op. cit., p. 41.

¹¹⁴⁴ Cf. n°356.

427. Le transfert matériel. La seconde définition du transfert de technologie est alors celle du transfert matériel de l'invention. Au-delà de la transmission du seul savoir technique par le biais des échanges de fascicules, il est question ici de garantir l'exploitation matérielle de l'invention. Cette définition entre, par exemple, dans l'esprit de l'article 15.7 de la Convention de Rio sur le partage des avantages lié à l'utilisation de ressources biologiques, puisque le Protocole de Nagoya rappelle la liste non-exclusive des formes de partage envisageable, dont le « *transfert, au fournisseur des ressources génétiques, [à la fois] des connaissances et des technologies des conditions équitables et qui soient les plus favorables, y compris à des conditions privilégiées et préférentielles s'il en est convenu, en particulier des connaissances et de la technologie qui utilisent les ressources génétiques, y compris la biotechnologie, ou qui ont trait à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique* »¹¹⁴⁵.

L'efficacité du caractère persuasif de ce type de transfert reste alors soumise à des considérations juridiques et économiques.

428. Considérations juridiques. Afin de mieux appréhender l'efficacité d'un transfert de technologie, il faut avant tout déterminer sous quelle qualification juridique il peut être effectué. Le droit des brevets emportant un monopole sur l'invention brevetée, le transfert nécessite théoriquement le consentement du titulaire du brevet et prendra donc une forme contractuelle. La licence d'exploitation en est alors l'exemple prôné par l'OMPI : « *la concession de licence ne crée pas seulement une source de revenu pour le titulaire d'un brevet, elle établit aussi le cadre juridique qui permet le transfert d'une technologie à un cercle plus large de chercheurs et d'ingénieurs qui pourront apporter leur propre contribution au développement de cette technologie* »¹¹⁴⁶.

Bien que, théoriquement, le contrat de licence – voire le contrat de cession – soit un moyen efficace de transférer la technologie d'un pays à un autre lorsque ladite technologie fait l'objet d'une protection par le brevet, son caractère persuasif dans la négociation du renforcement du droit des brevets doit être tempéré dans la comparaison des avantages produits d'une part par le contrat de licence, et d'autre part par l'absence de propriété intellectuelle. Ainsi, comme

¹¹⁴⁵ Annexe 1 du Protocole de Nagoya de 2012.

¹¹⁴⁶ www.wipo.int/patent-law/fr/developments/licensing.html (consulté le 1er juillet 2016).

l'énonce Maria FRANCHETEAU, « la conclusion de licences volontaires implique que certaines conditions soient remplies. En effet, les licenciés doivent généralement payer des redevances, en contrepartie de la jouissance des droits d'exploitation attachés aux brevets qu'ils se voient accordés par leurs titulaires. Ces redevances peuvent être forfaitaires : leur montant pourrait être assez élevé, ce qui rendrait difficile leur paiement par les pays en développement. Elles peuvent aussi être proportionnelles au chiffre d'affaires ou à la production du licencié [mais] malgré des efforts sincères, les pays en développement pourraient ne pas être en mesure d'exploiter économiquement ou techniquement les brevets, auquel cas les contrats de licences seraient résiliés sans que ceux-ci soient tenus pour fautifs »¹¹⁴⁷. La question qui se cache dans ces propos est en effet de savoir si le coût de la licence volontaire, associé aux autres avantages attribués au droit des brevets, contrebalance l'interdiction d'exploitation de l'invention par des tiers. Cela peut en effet être le cas, à partir du moment où les conditions d'obtention de la licence soient suffisamment avantageuses pour satisfaire les dispositions de l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC, selon lequel le transfert et la diffusion de la technologie doivent se faire « à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques ».

429. Considérations économiques. Enfin, pour qu'il puisse jouer le rôle de contrepartie lors des négociations sur le renforcement du droit des brevets, le transfert de technologie doit pouvoir être réalisé dans des conditions optimales d'intégration des inventions transférées dans l'économie des pays émergents. Cette intégration dépend alors deux facteurs dont la réunion est malheureusement encore trop rare aujourd'hui :

- Le premier facteur concerne la distinction entre la technologie courante et la technologie de pointe. En effet, si dans le cas d'une technologie courante, l'accès à la technologie tant par les techniciens que par l'économie locale permet sa diffusion, une technique considérée comme trop sophistiquée par rapport au niveau technologique du pays récepteur ne favorise ni le transfert par information, ni le transfert par imitation. Ce dernier ne peut alors avoir lieu que par une exploitation directe de la technologie par une société étrangère qui constitue alors un « *ilot de technologie sans rapport*

¹¹⁴⁷ M. FRANCHETEAU, « Commerce international des biotechnologies végétales et conservation de la diversité biologique », op. cit., p. 167.

organique avec le milieu ambiant »¹¹⁴⁸. Il est d'ailleurs possible que, dans ces conditions, l'apport d'une technologie de pointe soit désastreux pour l'économie locale, notamment lorsqu'elle fait concurrence à l'industrie artisanale locale¹¹⁴⁹.

- Le second facteur repose sur l'accès des technologies courantes en premier lieu aux techniciens, puis à l'économie locale. Ce facteur fonde l'opposition traditionnelle établie entre l'exploitation de l'invention par l'industrie locale et l'importation. Cependant, cette distinction ne prend son sens que lorsque l'exploitation locale envisage le recours aux techniciens locaux. Tel peut-être le cas par exemple lorsque le titulaire du brevet accorde une licence à une société ressortissante du pays récepteur¹¹⁵⁰.

430. L'hésitation de la doctrine actuelle. Il n'existe pas aujourd'hui d'unanimité en ce qui concerne l'incidence du droit des brevets sur les transferts de technologies et l'investissement étranger direct : *« certains considèrent que c'est l'absence d'une protection de la propriété intellectuelle qui encourage le transfert de technologies et l'apprentissage des technologies par la copie et l'imitation, tandis que d'autres sont d'avis que la protection de la propriété intellectuelle est un mécanisme qui encourage le transfert de technologies de l'étranger sous forme d'investissements directs ou de licences et génère indirectement des moyens efficaces de formation »*¹¹⁵¹. Effectivement, en termes quantitatifs, l'imitation comme le brevet peuvent tous deux être sources de transfert, selon la technologie visée et les capacités de production du pays émergents :

- De nombreux auteurs considèrent en effet l'imitation comme une source de croissance, *« pouvant conduire à terme à l'innovation en favorisant l'accumulation de capital et la multiplication des entrepreneurs capitalistes »*¹¹⁵². L'imitation devient ainsi un stade nécessaire afin d'aboutir à un développement économique suffisant pour supporter l'adoption du système international des brevets. Cependant, son efficacité

¹¹⁴⁸ M. HIANCE et Y. PLASSERAUD, « Brevets et sous-développement », op. cit., p. 44.

¹¹⁴⁹ P. RONDIERE, « Rendez-vous en 1980 : la science et la technique au secours du tiers-monde », Population, 25^e année, n°2, 1970, p. 450.

¹¹⁵⁰ P. BAIROCH, « Le tiers-monde dans l'impasse », Gallimard, 1992, p. 88.

¹¹⁵¹ OMPI, « Les incidences du système international des brevets sur les pays en développement : étude de Getachew MENGISTIE », A/39/13/add.1, 2003, p. 25.

¹¹⁵² F. FACCHINI, « Entrepreneur et croissance économique : développements récents », Revue d'économie industrielle, 2007, p. 55.

comme mode de transfert de technologie est à nuancer en fonction du type de technologies transférées. Si l'absence de protection ne permet pas de créer un environnement favorable à l'investissement direct, est alors privilégiée l'importation de produits finis sur le territoire du pays émergent. Dans ce cas, le pays importateur n'acquiert pas la connaissance nécessaire à l'exploitation de l'invention et la seule forme de copie possible est le reverse-engineering qui, pour les produits technologiquement avancés, devient impossible ou trop coûteux sans un minimum de ressources dans le domaine de la recherche-développement¹¹⁵³.

- D'autres auteurs avancent l'argument selon lequel le système international de propriété intellectuelle aurait pour effet d'augmenter l'investissement étranger direct ainsi que les transferts de technologies connexes vers les pays en développement. Ainsi Kamil Idriss explique que « *la hausse constante et vertigineuse de l'investissement étranger direct en Inde et la croissance spectaculaire au Brésil sont imputables à l'amélioration de la protection par brevet consécutivement à la révision du droit des brevets dans ces deux pays* »¹¹⁵⁴. Les données d'expérience sont pourtant à étudier avec précaution puisque « *selon des estimations, les brevets représenteraient moins de 2% du transfert de technologies en direction des pays en développement* »¹¹⁵⁵. Ce chiffre peut s'expliquer en partie par le fait que d'une part le transfert de technologie via le brevet s'effectue principalement par voie contractuelle et que l'investissement direct dans un pays dépend de nombreuses données économiques et politiques d'un pays, en dehors du cadre du droit des brevets, et d'autre part que de nombreux pays n'ont pas les capacités structurelles nécessaires à la prise en charge d'une licence d'exploitation. A ce titre, « *une étude effectuée au Ghana et au Nigéria aboutit à la conclusion que dans les deux pays l'octroi de licence d'exploitation comme moyen de transfert de technologie est extrêmement rare en raison du manque de preneurs de licences capables d'exploiter de manière indépendante les inventions faisant l'objet de la licence ou à cause des difficultés*

¹¹⁵³ Y. MENIERE, « Accord ADPIC et transferts de technologies », Rapport pour le séminaire « Accord ADPIC : 10 ans après – regards croisés Europe-Amérique Latine » de l'Association Internationale de droit Economique, Centre d'Economie Industrielle, 2005, p. 4.

¹¹⁵⁴ K. IDRIS, « Intellectual property : a power tool for economic growth », OMPI, 2002.

¹¹⁵⁵ http://www.iprcommission.org/graphic/documents/final_report.htm (consulté le 1er juillet 2016).

qu'éprouvent les titulaires de brevets de trouver des preneurs compétents »¹¹⁵⁶. Aussi, il ne conviendrait pas de parler des avantages du droit des brevets sur le caractère quantitatif des transferts de technologies mais plutôt sur le caractère qualitatif, puisque le type de technologie transférée ou d'investissement effectué serait différent. Le développement du droit des brevets serait alors plus favorable au transfert des technologies de pointe par le biais d'un transfert de connaissance. Cependant, comme nous le verrons, si ces modes de transfert sont théoriquement les plus avantageux, ils doivent être redéfinis afin d'inclure les besoins des pays émergents en matière d'urgence et d'intérêt public.

II – L'impact du renforcement des droits de propriété intellectuelle dans les pays émergents.

431. Illustration. L'analyse économique du droit des brevets à laquelle nous adhérons, selon laquelle le rapport entre les effets positifs et négatifs du renforcement du droit des brevets est lié au niveau de développement du pays, est parfaitement illustré par les récentes évolutions des pays asiatiques : si l'Inde démontre les effets bénéfiques de la protection au sein d'un pays dont l'industrie est suffisamment développée, celui de la Corée démontre au contraire les impacts négatifs d'un renforcement sur un secteur particulier d'industrie non préparé. Le Bangladesh démontre quant à lui l'indifférence d'une industrie peu propice à l'innovation.

432. Le fort développement de l'industrie indienne. L'Inde est l'exemple-type du pays qui, bien que possédant une économie relativement adaptée, a utilisé jusqu'au dernier moment la période de transition dont il bénéficiait. En effet, l'Inde a la particularité d'être l'un des pays nouvellement industrialisés qui dispose de capacité de production suffisamment importante pour se transformer en cellule d'innovation. Si nous prenons l'exemple de l'industrie pharmaceutique indienne, pendant longtemps l'absence de protection a permis aux scientifiques et techniciens de bénéficier d'une diffusion de la technologie par imitation de produits pharmaceutiques dont le dépôt à l'étranger a permis la divulgation. Les leaders de

¹¹⁵⁶ G. YANKEE, « International Patent System and Transfer of Technology to Least Developing Countries: the Case of Ghana and Nigeria », cite par OMPI, « Les incidences du système international des brevets sur les pays en développement : étude de Getachew MENGISTIE », op. cit., p. 8.

l'époque de la loi indienne de 1970 sur les brevets¹¹⁵⁷, tels que DR. REDDY'S, RANBAXY ou CIPLA ont ainsi pu devenir des géants mondiaux de la fabrication de médicaments génériques. Cette nouvelle donne économique a donné à l'Inde un poids décisionnel important quant à l'application de l'Accord sur les ADPIC.

433. Le lobbying de l'industrie indienne. La période de transition prévue à l'article 65 de l'Accord sur les ADPIC ayant pris fin, l'ordonnance du 27 décembre 2004, promulguée par le Ministre de l'industrie et du commerce extérieur Kamal NATH, a modifié la loi indienne de 1970. Nous remarquons que même si cette ordonnance a été promulguée tardivement, elle reprend en masse les exigences occidentales, sans démontrer l'opposition habituelle des pays émergents à l'encontre du renforcement de la propriété intellectuelle. Cela s'explique par l'influence qu'ont eue les géants indiens de l'industrie pharmaceutiques qui, pour défendre leur accès aux marchés de pays industrialisés, n'ont pas hésité à soutenir publiquement le souhait des pays riches d'adopter un régime de monopole en Inde. Ce souhait a été retranscrit dans la déclaration du Ministre de l'Industrie et du Commerce extérieur, lors de la promulgation de l'ordonnance : *« il y a dix ans, les exportations indiennes de médicaments étaient inférieures au milliard de dollars. Aujourd'hui, nous en sommes à trois milliards de dollars, soit plus d'un tiers de la production nationale en valeur. Près de soixante milliards de dollars de médicaments vont tomber dans le domaine public dans les toutes prochaines années. L'industrie indienne peut arracher la part du lion de ce pactole – tant que nous soyons un membre de la communauté commerciale digne de confiance, et que nous ne nous mettions pas dans une position douteuse, exposée au risque de mesures de rétorsion ou de sanctions, qui menaceraient nos exportations pharmaceutiques »*¹¹⁵⁸. La fabrication de médicaments génériques n'a cependant pas souffert d'un tel renforcement des droits dès lors que l'Inde s'est tout de même arrogée une nouvelle limitation : en s'appuyant sur la Déclaration de Doha qui implique un équilibre entre le monopole conféré par le brevet et la santé publique, l'Inde a restreint dans sa législation le champ de brevetabilité aux seules substances nouvelles, excluant ainsi les nouvelles formes et les nouveaux usages de substances déjà connues.

¹¹⁵⁷ Selon l'article 5 de la loi indienne de 1970 : *« pour les inventions relatives à des substances qu'il est envisagé d'utiliser, ou qui sont susceptibles d'être utilisées en tant que nourriture, médicaments ou drogues [...], aucun brevet n'est délivré pour les revendications des substances elles-mêmes... »*.

¹¹⁵⁸ <http://www.actupparis.org/article2120.html> (consulté le 1er juillet 2016).

434. Les difficultés de développement de la Corée du Sud. La Corée est quant à elle l'exemple-type de l'économie qui a connu un ralentissement considérable de croissance lié à un renforcement prématuré des droits de propriété intellectuelle au cours des années 1980. En effet, alors que l'industrie coréenne était équivalente à l'industrie japonaise à la même époque, l'industrie américaine s'est insurgée face au « piratage sud-coréen »¹¹⁵⁹, incitant le représentant des Etats-Unis pour le commerce à organiser des mesures unilatérales de rétorsion¹¹⁶⁰. Les arguments américains ne manquèrent pas de convaincre la Corée de respecter les droits de propriété intellectuelle sous peine de « *dire au-revoir à leurs exportations* »¹¹⁶¹. Séoul a capitulé en votant la loi du 31 décembre 1986, prévoyant non seulement la brevetabilité des médicaments, mais également la promesse d'accorder automatiquement une protection rétroactive à tous les médicaments brevetés aux Etats-Unis depuis 1980¹¹⁶², puis à tous les médicaments européens dès que l'Union européenne, qui a eu vent de cet accord¹¹⁶³, a ôté à la Corée le bénéfice de la taxation de ses produits sur le marché européen. Cela a eu pour résultat que « *la Corée se vit imposer un agenda qui s'accordait mal avec le processus de développement de son industrie pharmaceutique. A cette époque, elle n'était pas encore capable de développer de nouveaux médicaments internationalement commercialisables. La nouvelle loi coréenne sur le brevet signa le début du déclin de l'industrie du médicament et la Corée du Sud dut faire le deuil des ambitions de sa pharmacie* »¹¹⁶⁴.

435. Des effets négatifs limités. La Corée a ainsi dû s'aligner prématurément aux standards occidentaux afin de conserver sa place dans le commerce international. Malgré le ralentissement subi, elle a tout de même pu atteindre un niveau de développement suffisant

¹¹⁵⁹ P. DRAHOS, « Information feudalism in the information society », op. cit., p. 209.

¹¹⁶⁰ D. MATTHEWS, « Globalising intellectual property rights – the TRIPs Agreement », Routledge, 2002, p.15.

¹¹⁶¹ P. DRAHOS, « Information feudalism in the information society », op. cit., p. 209 (traduction).

¹¹⁶² S.-J. LACROIX et A. KAWAURA, « Korea's pharmaceutical industry », International Economic Journal 10, 1996, p. 112.

¹¹⁶³ Idem ; voir également : P. DRAHOS, « Information feudalism in the information society », op. cit., p. 209.

¹¹⁶⁴ D. DE MEER, « Brevet, santé publique et accès aux médicaments essentiels – une fin du droit ? », Bruylant, 2011, p. 208.

pour que la loi nouvelle puisse être relativement adaptée¹¹⁶⁵ : « *l'adaptation se fit sans trop de heurts, à part pour quelques secteurs comme celui du médicament* »¹¹⁶⁶. Ce n'est en effet uniquement parce que la Corée est dotée de technologies suffisamment développées dans de nombreux domaines que la loi nouvelle sur les brevets a pu opérer les effets bénéfiques escomptés. Le nombre de brevets a alors considérablement augmenté entre 1980 à 2000, de 7000% pour les brevets nationaux et de 500% pour les brevets étrangers¹¹⁶⁷. De même, alors que les brevets coréens représentaient 0.03% des dépôts aux Etats-Unis en 1980, ils ont représenté 1.86% de ces dépôts en 2000¹¹⁶⁸.

436. L'indifférence du Bangladesh envers la propriété intellectuelle. Enfin, le Bangladesh est l'exemple-type de l'économie qui n'est pas suffisamment développée pour ressentir les effets positifs ou négatifs de la propriété intellectuelle. De nombreux indicateurs, dont le ratio entre la R&D et le PIB, l'inexistence de pôle d'excellence pour la recherche fondamentale et appliquée, ou encore le nombre de scientifiques par habitant, mettent en avant un système d'innovation largement sous-développé. En tant que membre du groupe des pays les moins avancés, le Bangladesh a bénéficié de la période transitoire jusqu'en 2013 – le report jusqu'en 2016 (et a fortiori jusqu'en 2033) pour les produits pharmaceutiques ayant été abandonné dans un accord bilatéral conclu avec l'Union Européenne¹¹⁶⁹. L'étude de l'impact des droits de propriété intellectuelle sur l'innovation bangladaise dans les trois secteurs d'activité les plus florissants du pays – pharmaceutique, textile et agricole – a été effectuée par Padmashree GELH SAMPATH entre octobre 2006 et mai 2007 et a abouti au résultat que les droits de propriété intellectuelle ne sont pas du tout considérés comme des vecteurs d'innovation¹¹⁷⁰.

Le tableau ci-dessous présente les facteurs d'innovation les plus répandues. Les valeurs indiquées sont une moyenne des réponses comprises entre 1 et 5 de la très faible contribution

¹¹⁶⁵ F.-M. ABBOTT, « Toward a new era of objective assessment in the field of trips and variable geometry for the preservation of multilateralism », *Journal of international economic law*, 2005, vol.8, n°1, p. 77.

¹¹⁶⁶ D. DE MEER, « Brevet, santé publique et accès aux médicaments essentiels – une fin du droit ? », *op. cit.*, p. 208.

¹¹⁶⁷ D.-J. KIM, D.-L. FERRIN et H.-R. RAO, « A study of the effect of consumer trust on consumer expectations and satisfaction : the korean experience », *ICEC '03 proceeding of the 5th international conference on electronic commerce*, 2003, p. 310.

¹¹⁶⁸ N. KUMAR, « Intellectual property rights, technology and economic development : experiences of Asian countries », *Economic and political weekly*, 2003, vol.38, n°3, p. 209.

¹¹⁶⁹ fr.reingex.com/bangladesh-ALE-Accords.shtml (consulté le 1^{er} juillet 2016).

¹¹⁷⁰ P. GEHL SAMPATH, « Intellectual property and innovation in Least developed countries : pharmaceutical, agro processing and textiles and RMG in Bangladesh », *UNCTAD – United Nation University*, 2007.

à la plus forte contribution. Seuls les chiffres supérieurs à 2.50 sont alors représentatifs d'une contribution suffisante¹¹⁷¹.

Facteurs	pharma.	textile	agricole	Moyenne
Personnel qualifié	2.49	3.10	3.54	3.04
Qualité des infrastructures	1.98	2.79	2.86	2.54
Incitations publiques	1.06	2.75	2.98	2.26
Collaboration avec les universités	1.17	2.43	2.52	2.04
Mobilité du personnel	1.44	2.13	2.42	2.00
Capital-risque	1.58	2.01	2.24	1.94
Droits de propriété intellectuelle	1.21	2.00	2.28	1.83
Force des PME locales	1.13	2.02	2.20	1.78

TABLEAU N°13 : FACTEURS CONTRIBUANT A L'INNOVATION AU BANGLADESH

En ce qui concerne le secteur pharmaceutique, qui présente les chiffres les plus bas alors qu'il s'agit du secteur le plus propice à l'innovation, l'auteur conclut que : « *les entreprises du secteur pharmaceutique ont pour principale activité la production de molécules actives, qui ne requièrent que des compétences de fabrication, et s'efforcent d'acquérir les capacités nécessaires pour découvrir de nouvelles molécules actives, ce qui exige des compétences très poussées en synthèse des produits chimiques. Comme les entreprises étrangères peuvent faire breveter leurs produits dans le pays, les entreprises locales craignent que cela limite leurs possibilités d'appliquer l'ingénierie inverse aux molécules brevetées. Les inventions pharmaceutiques brevetées (quelque 50 % des 182 brevets accordés en 2006) ne portent pas sur des innovations locales. Cela donne à penser qu'il y a d'autres motifs qui poussent les entreprises à demander des brevets, telle qu'une stratégie d'éviction, la préservation d'une rente de monopole et la prévention des importations parallèles (Gehl Sampath, 2007a).*

¹¹⁷¹ ONU : « Rapport 2007 sur les pays les moins avancés », ONU, 2007, p. 125.

Toutefois, c'est une question qui appelle un complément d'examen. En ce qui concerne l'impact indirect des DPI, la plupart des entreprises interrogées n'ont pas réussi à négocier le transfert des technologies nécessaires pour renforcer leurs capacités de synthèse de molécules actives, d'ingénierie inverse et autres savoir-faire de ce genre. Même les entreprises qui ont réussi à négocier des accords avec des entreprises étrangères considèrent que la protection des DPI ne facilite pas la collaboration internationale pour l'accès à la technologie »¹¹⁷².

Nous pouvons alors affirmer de manière plus générale qu'au vu du faible niveau de développement de ce pays, La protection des droits de propriété intellectuelle n'a pas d'incidence notable sur l'acquisition de licences, le transfert de technologie ou l'acquisition de technologie par l'intermédiaire de filiales d'entreprises étrangères. Il ressort ainsi que les sources externes de transfert de technologie contribuent très peu à l'innovation au niveau de l'entreprise, et que les seules sources importantes pour l'innovation au niveau de l'entreprise sont les efforts propres à l'innovation et l'imitation. Cette dernière source n'est cependant plus accessible au pays.

III – Les défis des pays émergents

437. Plan. Le principal défi que doivent surmonter les pays émergents se concentre dans la recherche d'une définition plus contemporaine des brevets prenant compte de l'évolution de l'analyse économique du droit de la propriété intellectuelle. Cette recherche doit alors se concentrer d'une part sur la lutte contre la prévarication du système de dépôt (A), et d'autre part sur une définition du transfert des technologies prenant compte de leur besoin immédiat (B).

A – La lutte contre le renforcement du droit des brevets en dehors du cadre légal

438. La prévarication d'un système théoriquement sain. S'il est unanimement admis qu'un renforcement trop important des droits de propriété intellectuelle est défavorable au développement économique des pays émergents, il nous faut considérer que le cadre légal

¹¹⁷² Idem, p. 127.

actuellement mis en place par l'Accord sur les ADPIC correspond aussi bien aux pays industrialisés qu'aux pays émergents en permettant la mise en place d'éléments de flexibilité dont le but est d'adapter le droit des brevets aux spécificités économiques de chaque pays. Cette parfaite adéquation du droit à la société est cependant théorique et ne prend pas en compte la prévarication causée par les données humaines et dont les exemples types sont la délivrance de brevets indus et le refus de prendre en compte les éléments de flexibilité offerts aux pays émergents.

439. La lutte contre les brevets indus. En premier lieu, la lutte contre le renforcement du droit des brevets passe par l'étude des données humaines, inhérentes aux offices des brevets, conduisant à des délivrances de brevets indus. L'accroissement de l'impact humain sur le droit des brevets n'est pas un défi réservé aux pays émergents. Les Etats-Unis constatent eux-mêmes que *« au cours des dernières décennies, le travail des offices de brevets est devenu plus contraignant à de nombreux égards. Le nombre de demandes de brevet déposées a augmenté, reflétant l'importance de la propriété intellectuelle dans l'économie mondiale. Des demandes de brevet connexes sont régulièrement déposées dans plusieurs pays par des déposants cherchant à faire protéger leurs innovations. En outre, la technologie est devenue de plus en plus complexe et des connaissances spécialisées sont nécessaires pour comprendre et évaluer l'objet de nombreuses demandes de brevet »*¹¹⁷³. Cependant, nombre d'offices des brevets dispose de ressources limitées pour élaborer des outils afin de résoudre difficultés. Certains d'entre eux, qui ne disposent que d'un nombre restreint d'examineurs, tirent alors parti des résultats des travaux d'autres offices, bien que ces derniers soient fondés sur une interprétation différente des règles matérielle de brevet¹¹⁷⁴. A cela s'ajoutent les erreurs d'appréciation liées à une formation insuffisante des techniciens. Ainsi, la lutte contre les brevets indus passe par la revalorisation des ressources à la fois humaines et financières des offices de brevets. Cette question trouve sa solution dans l'application effective de l'article 67 de l'Accord sur les ADPIC relatif à la coopération technique : *« cette coopération comprendra une assistance en matière d'élaboration des lois et réglementations relatives à la protection et au respect des droits de propriété intellectuelle ainsi qu'à la prévention des*

¹¹⁷³ OMPI, « Proposition de la délégation des Etats-Unis d'Amérique concernant l'étude du partage du travail », 20 novembre 2015, SCP/23/4, p. 1.

¹¹⁷⁴ Idem, p. 2.

abus, et un soutien en ce qui concerne l'établissement ou le renforcement de bureaux et d'agences nationaux chargés de ces questions, y compris la formation du personnel ».

440. La protection des éléments de flexibilité. En second lieu, la lutte contre le renforcement du droit des brevets passent par la protection des éléments de flexibilités accordés aux pays émergents afin d'adapter le droit des brevets à leurs paramètres économiques. En effet, s'il est communément admis que *« il est impératif que le système international des brevets reste souple, sans forme trop précise, et centré sur l'intérêt public, afin de tenir compte des différents stades de développement technologiques, économique, social et politiques des pays à point quelconque du temps »*¹¹⁷⁵, force est de constater que les divers degrés de différenciation des normes nationales subissent, au-delà de l'érosion naturelle due par la volonté d'une harmonisation de plus en plus poussée, des attaques ciblées par les titulaires de brevets souhaitant conserver leurs droits.

Ainsi en est-il de l'article 3b de la loi indienne de 2005 selon lequel la brevetabilité est restreinte aux seules substances nouvelles. Cet élément de flexibilité, interdisant la brevetabilité de la seconde application thérapeutique d'un médicament déjà connu, était en effet intervenu en contrepartie de la réforme de mise en conformité de la loi indienne à l'Accord sur les ADPIC à la fin de la période transitoire sur la brevetabilité des médicaments. Son intérêt est alors de *« justifier le refus de brevets futiles ou de l'evergreening sur des variations mineures de certains produits »*¹¹⁷⁶. L'affaire du Glivec met alors en avant la volonté d'une certaine partie de l'industrie pharmaceutique de s'attaquer à ces éléments de flexibilité afin d'obtenir un renforcement de leurs droits inhérents au brevet.

Ainsi, en janvier 2006, l'Office des brevets indiens rejetait une demande de brevet déposée par Novartis sur un anticancéreux aux motifs que la substance n'était pas en soi nouvelle. Ce refus eut deux effets majeurs sur l'interprétation de la loi de 2005 concernant le marché des médicaments génériques. D'un point de vue juridique, cette décision entérinait la volonté de restreindre le seuil de brevetabilité des médicaments tout en respectant les engagements pris au titre de l'Accord sur les ADPIC. D'un point de vue économique, elle permettait l'entrée

¹¹⁷⁵ OMPI, « Incidence du système international des brevets sur les pays en développement : étude d'Elisabeth NGO SIEW KUAN », A/39/13/add.3, 15 août 2003, p. 28.

¹¹⁷⁶ M. CASSIER, « Brevets de médicaments, luttes pour l'accès et intérêt public au Brésil et en Inde », Cahiers de l'innovation, 2010/2, p. 123.

dans le domaine public d'un médicament au prix particulièrement élevé alors que les laboratoires indiens avaient déjà commencé à produire un médicament générique à un prix treize fois inférieur¹¹⁷⁷.

Novartis répondit alors à l'opposition, d'une part en faisant valoir le dispositif d'assistance technique et de transfert de technologie qu'elle avait entrepris afin de permettre la distribution gratuite du Glivec à plusieurs milliers de patients indiens¹¹⁷⁸, et d'autre part en mettant en cause la constitutionnalité de la loi indienne sur les brevets, à l'instar du procès de Pretoria de 2001. Le débat public est alors devenu international et les ONG se sont engagées dans la lutte pour l'accès aux médicaments. La Cour d'appel de Chennai en 2009, puis la Cour suprême en 2013 ont débouté Novartis de sa requête : ainsi les Cours ont fondé la constitutionnalité de l'article 3b de la loi de 2005 sur des considérations d'intérêt public liées à la santé publique : l'objectif de cet article étant, en effet, d'empêcher la pratique de l'*evergreening* afin d'augmenter la durée de protection des médicaments.

B – La nouvelle définition du transfert de technologie

441. Le paradoxe de la Mondialisation. Afin de définir le transfert de technologie, l'OMPI aime utiliser le proverbe suivant : « *Donnez à un homme un poisson, et il mangera pendant une journée. Donnez-lui une canne à pêche, et il pourra manger et nourrir toute sa famille tant qu'elle durera. Aidez-le à acquérir les connaissances et les moyens nécessaires pour améliorer cette canne à pêche et pour en dessiner et en produire une meilleure, et il pourra manger et nourrir toute sa communauté pendant de nombreuses années* ». Alors que cette citation date en dernier lieu de 2006, force est de constater qu'elle n'est plus adaptée à l'évolution des techniques de communication et à la mondialisation des échanges. En effet, si ce proverbe se base sur un échange d'intérêts entre la protection temporaire des droits d'exploitation et la diffusion de la connaissance¹¹⁷⁹, cette dernière est aujourd'hui automatisée par les nouveaux médias et ne permet plus de jouer son rôle de contrepartie au brevet. Le transfert d'informations se faisant alors, peu importe la volonté des Etats ayant accordé en premier le brevet, ces derniers ne peuvent pas s'en prévaloir lors des négociations sur le

¹¹⁷⁷ Idem.

¹¹⁷⁸ Sur ce point, cf. S. ECKS, « Global pharmaceutical markets and corporate citizenship : the case of Novartis' anti-cancer drug Glivec », Biosocieties 3, 2008, p. 165.

¹¹⁷⁹ D. GERVAIS, « L'Accord sur les ADPIC », op. cit., p. 223.

renforcement des droits. Autrement dit, il est devenu logique aujourd'hui de se demander pourquoi payer le coût inhérent au brevet portant sur la canne à pêche, alors que ses plans sont consultables gratuitement sur Internet.

Le transfert d'informations ne permet plus aujourd'hui de définir un transfert de technologie acceptable pour les pays émergents qui privilégient le transfert matériel, comme nous le montre l'exemple du partage des avantages lors des négociations sur le réexamen de l'article 27.3b) de l'Accord sur les ADPIC¹¹⁸⁰. En effet, bien que nous ne puissions pas, à l'instar de Daniel GERVAIS, douter de la force de persuasion des dispositions de l'Accord sur les ADPIC sur le transfert de technologie, nous ne nions pas que les pays développés ont jusqu'ici entrepris des projets dans ce sens. Cependant, à la lecture du dernier rapport sur la mise en œuvre de l'article 66-2 de l'Accord sur les ADPIC, nous pouvons constater que ces projets continuent de suivre la définition désuète du transfert de technologie : par exemple, sur la trentaine de projets présentés par l'Australie dans le rapport de mise en œuvre de l'article 66-2 de l'Accord sur les ADPIC, sont favorisés le financement à titre d'assistance technique et l'enseignement des sciences plutôt que l'utilisation effective des inventions sur le territoire des pays émergents¹¹⁸¹. Ces constatations se retrouvent également dans le rapport japonais où nous découvrons que leurs principaux projets de transferts de technologie menés par l'Agence japonaise de coopération internationale, L'association pour le développement des ressources humaines et de l'industrie à l'étranger, l'Organisation japonaise du commerce extérieur et l'Organisation pour le développement des énergies nouvelles se résument dans le transfert d'information grâce à des projets d'enseignement et d'échange de personnel de recherche¹¹⁸².

442. De nouvelles voies de transfert de technologie. Certains pays n'ont cependant pas hésité à faire évoluer leurs pratiques en matière de transfert de technologie, permettant une interprétation plus stricte de l'article 66-2 de l'Accord sur les ADPIC. Cet article énonce en effet que : *« les pays développés Membres offriront des incitations aux entreprises et institutions sur leur territoire afin de promouvoir et d'encourager le transfert de technologie vers les pays les moins avancés Membres pour leur permettre de se doter d'une base*

¹¹⁸⁰ Cf. n°356.

¹¹⁸¹ OMC, « Report on the implementation of article 66.2 of the TRIPs Agreement », IP/C/W/602, 13 octobre 2014, p. 1.

¹¹⁸² OMC, « Report on the implementation of article 66.2 of the TRIPs Agreement – Japan », IP/C/W/602/add.1, 14 octobre 2014, p. 3.

technologique solide et viable ». A ce titre, les Etats-Unis ont fait évoluer leur méthode afin d'inclure directement les pays émergents dans le processus d'innovation entrepris par les entreprises privées américaines : « *les efforts déployés par les organismes des Etats-Unis pour encourager de meilleures régimes de commerce et d'investissement ont facilité le transfert de technologie volontaire fondé sur le marché opéré par des entités du secteur privé américain* »¹¹⁸³. Ainsi, en ce qui concerne les technologies pharmaceutiques, « *pour les nouvelles technologies mises au point par les scientifiques des Instituts nationaux de Santé et de l'Office de contrôle des médicaments et des produits alimentaires, les Instituts nationaux de Santé concèdent des licences pour l'utilisation de biomatériaux et, le cas échéant, des droits de brevets correspondants à des institutions en mesure de commercialiser ces produits dans ou pour les pays les moins avancés* »¹¹⁸⁴. C'est en effet sur la base des organismes américains que l'entreprise Pfizer a, par exemple, conclu un accord de partenariat avec la North-West University d'Afrique du Sud pour mettre en commun des activités de recherche-développement précliniques, aboutissant au renforcement des capacités de recherches dans le secteur sud-africain de la santé, et à un contrat de licence permettant à l'Afrique du Sud de bénéficier de la technologie nouvelle sur son territoire.

443. Exemple des contrats de licence : le SuperAdobe. En effet, afin d'assurer le transfert matériel de la technologie, le contrat de licence est le mode de transfert privilégié aujourd'hui, étant donné que son caractère contractuel permet, a priori, à chaque partie de négocier les conditions d'intégration de la technologie sur le territoire d'un pays émergent. Malgré les réticences que nous avons pu montrer précédemment, force est de constater, à la lecture des données d'expérience, que l'efficacité de ce mode de transfert nous encourage à développer cette voie. Ainsi, nous pouvons trouver des exemples réussis de transfert sur la base de données IP ADVANTAGE qui peut être consulté sur le site web de l'OMPI¹¹⁸⁵. *le SuperAdobe* est une méthode de construction – basée sur la combinaison de la philosophie iranienne du XIII^e siècle et des méthodes de constructions modernes – capable de résister aux inondations, aux incendies, aux ouragans, aux tremblements de terre et d'assurer une isolation

¹¹⁸³ OMC, « Report on the implementation of article 66.2 of the TRIPs Agreement – United States », IP/C/W/602/add.6, 24 octobre 2014, p. 23.

¹¹⁸⁴ Idem, p. 15.

¹¹⁸⁵ <http://www.wipo.int/ipadvantage/fr/> (consulté le 1er juillet 2016).

thermique naturelle. Pour assurer la viabilité de son invention, Nader KHALILI a obtenu l'appui de la NASA dans le domaine de la recherche-développement.

Conscient du potentiel de l'invention, Nader KHALILI a déposé en 1999 une demande internationale de brevet auprès de l'OMPI, afin de contrôler l'accès de son invention aux pays émergents de manière à assurer que toutes les populations vulnérables puissent y accéder à moindre coût. Les droits d'exploitation ont alors été contractuellement transférés à des organismes de charité à but non lucratif dont le *Californian Institute of Earth Art and Architecture*¹¹⁸⁶.

Selon l'OMPI, « *l'architecte a breveté sa technologie pour qu'elle soit distribuée et commercialisée au profit des pauvres, montrant ainsi que l'obtention d'une contrepartie financière n'est pas la seule raison pour laquelle les inventeurs peuvent souhaiter protéger leur invention par des droits de propriété intellectuelle* ». En effet, l'exemple du SuperAdobe prouve aux détracteurs du système de protection des brevets que ce dernier n'a pas pour unique but d'assurer un droit pécuniaire à l'inventeur, mais que d'autres avantages peuvent être liés aux transferts de technologie comme le contrôle de l'accès par les pays émergents selon la volonté de l'inventeur. Nous revenons ici inexorablement au fait, décrié par Maria FRANCHETEAU¹¹⁸⁷, que ce mode de transfert de technologie ne peut être efficace qu'avec un certain degré de générosité de la part de l'inventeur, afin que le coût du brevet ne pèse pas sur l'économie des pays émergents. Or si nous ne critiquons pas l'efficacité de ce type de transfert, il est tout à fait compréhensible que les pays émergents ne souhaitent pas soumettre leurs obligations en matière de propriété intellectuelle en contrepartie d'un degré trop important de générosité de la part des pays industrialisés.

444. Exemple de contrats de licence : l'UV Waterworks. Parmi les autres exemples de transfert de technologie présentés sur la base de donnée IP ADVANTAGE, l'UV Waterworks est une unité de désinfection de l'eau, inventé par Ashok GADGIL, physicien d'origine indienne, employé au Lawrence Berkeley National Lab de l'Université de Californie (UC-LBNL).

¹¹⁸⁶ OMPI, « Les brevets et le transfert de technologie », SCP/18/8, 25 avril 2012, p. 5.

¹¹⁸⁷ M. FRANCHETEAU, « Commerce international des biotechnologies végétales et conservation de la diversité biologique », op. cit., p. 167.

A l'origine, Ashok GADGIL souhaitait mettre son invention à disposition de tous les internautes via une publication sur le site de l'Université de Californie. Le service de transfert de technologie de l'UC-LBNL l'a alors convaincu des bienfaits d'un brevet, notamment sur le contrôle de qualité des produits brevetés par rapport à une copie fabriquée au rabais. Une demande internationale de brevet a donc été déposée auprès de l'OMPI, prévoyant l'UC-LBNL comme titulaire des droits d'exploitation. L'université a alors accordé une licence exclusive d'exploitation à la société *WaterHealth International* qui a alors inclus l'invention dans des systèmes modulaires afin de l'adapter à différentes utilisations au sein des hôpitaux et des établissements scolaires¹¹⁸⁸. L'UV Waterworks a ainsi pu être transféré par l'intermédiaire des filiales de *WaterHealth International* dans plus de quinze pays dont le Bangladesh, l'Inde, le Mexique et les Philippines.

Cet exemple nous montre l'efficacité d'un contrat de licence dans la réussite d'un transfert de technologie étant donné les avantages procurés. D'une part, la protection par le brevet a permis à l'inventeur un contrôle sur la qualité de fabrication de l'invention nécessaire à sa préoccupation première dans le domaine de la santé publique. D'autre part, le contrat de licence a permis l'intégration de l'invention dans l'économie des pays émergents par l'intermédiaire des compétences techniques de la société *WaterHealth International* qui ont adapté l'invention aux paramètres locaux d'exploitation.

Cet exemple est également intéressant car il nous montre les inconvénients économiques du système. Rappelons en effet que cet exemple se base, encore une fois, sur la volonté première de l'inventeur de mettre son invention à disposition de tous sans en tirer profit. Cependant, bien qu'avant la loi Leahy-Smith de 2012¹¹⁸⁹ seul l'inventeur était susceptible de déposer une demande de brevet auprès de l'office américain des brevets, l'Université qui l'emploie est devenue titulaire du brevet et a été en droit de demander une compensation pour la licence d'exploitation accordée. Si la volonté initiale est une utilisation gratuite de l'invention, l'introduction de deux intermédiaires implique inexorablement un coût que les pays émergents ne sont pas toujours susceptibles de supporter. Dans cet exemple, le coût du brevet n'est pas soumis à critique puisqu'il est compensé par la baisse des prix de désinfection de l'eau causée par l'invention elle-même. Or, si nous ne voulons pas généraliser un système basé sur la générosité, il nous semble tout aussi suffisant de le justifier en soumettant

¹¹⁸⁸ OMPI, « Les brevets et le transfert de technologie », op. cit., p. 3.

¹¹⁸⁹ Cf. n°201.

systématiquement l'efficacité d'un transfert de technologie à la baisse des prix de consommation.

445. Exemple de contrats de licence : le *Shark POD*. L'organisation sud-africaine *Kwazulu Natal Shark Board* (KZN) a inventé un dispositif électromagnétique destiné à repousser les requins en perturbant leur système neuromusculaire et sensoriel. Si l'invention était performante, elle était également trop encombrante, si bien que KZN cessa sa distribution en 2001. Conscient du potentiel de l'invention, la société australienne *Sea Change* a souhaité conclure un accord de licence exclusive et mondiale et a lancé dès 2002 un nouveau dispositif peu encombrant pouvant être utilisé par des plongeurs récréatifs. Ce nouveau dispositif a alors fait l'objet d'une demande de brevet de perfectionnement. Le Shark POD est ainsi devenu une technologie incontournable sur les plages australiennes ainsi que dans les bases militaires et garde-côtières dans grand nombre de pays¹¹⁹⁰.

Les avantages de la licence sont, dans cet exemple, indéniables. D'une part, le transfert des droits d'exploitation à la société australienne a permis de perfectionner l'invention afin de l'intégrer dans le paysage économique du pays et de faciliter sa production et sa commercialisation. D'autre part, alors qu'elle avait inscrit la commercialisation de leur technologie de manière hasardeuse, la société sud-africaine a pu bénéficier d'une stratégie de vente clairement définie par la société australienne.

Au-delà de ces avantages, cet exemple rappelle aux détracteurs du système des brevets que le transfert de technologie n'a pas été conçu exclusivement dans le sens des pays industrialisés vers les pays émergents, ces derniers pouvant également bénéficier des retombées économiques comme la compensation pécuniaire introduite dans le contrat de licence. Cet argument est en effet intéressant bien qu'il nous oblige à distinguer différents degrés de sous-développement puisque, s'il peut bénéficier aux nouveaux pays industrialisés ainsi qu'à certains pays émergents, d'autres n'ont toujours pas les capacités nécessaires dans le domaine de la recherche afin de produire des technologies transférables.

¹¹⁹⁰ OMPI, « Les brevets et le transfert de technologie », op. cit., p. 2.

446. Conclusion. Si la contractualisation des droits inhérents aux brevets nous semble, à la lecture des données d'expérience, le meilleur élément de définition qui nous puissions apporter aujourd'hui au transfert de technologie, puisqu'il permet à la fois le transfert matériel de la technologie et son intégration dans l'économie du pays émergents, il devient évident que les incitations prévues à l'article 66-2 doivent aller dans ce sens. Concernant les incitations économiques, elles ont montré un certain degré d'efficacité, en jouant sur les finances et la réputation des entreprises privées. Ainsi, le Prix d'excellence pour les entreprises décerné par le secrétaire d'Etat au commerce des Etats-Unis permet d'augmenter la renommée des entreprises américaines qui encourage le transfert de technologie et le développement durable¹¹⁹¹. Concernant les incitations juridiques, il nous semble plus difficile pour les Etats de s'ingérer dans la conclusion des contrats alors que l'économie libérale favorise la liberté contractuelle. La solution peut alors se trouver dans le droit mou, par la création d'accord-type en faveur du transfert matériel de technologie, ou d'un livret vert permettant de sensibiliser les entreprises aux bienfaits de ce type de transfert. A ce titre, l'OMPI met l'accent depuis 2002 sur l'élaboration de programmes destinés à renforcer les capacités des pays émergents en matière de concession de licence¹¹⁹².

Section 3 – L'encadrement religieux du droit des brevets

447. L'exemple de la Shariah. Alors que le développement du droit des brevets s'est fait sous l'égide de gouvernements influencés par les religions chrétiennes, son exportation vers des Etats de religions officielles différentes a obligé les juristes locaux à vérifier que les règles importées soient conformes à leurs préceptes religieux. L'exemple le plus illustre est celui de la Shariah qui s'applique au même titre que les lois civiles dans de nombreux pays d'Afrique et d'Asie¹¹⁹³.

Le Golfe Persique concentre à lui seul les différents degrés d'application de la Shariah. Alors que la loi islamique tisse son influence dans toutes les Constitutions des Etats du Golfe, sa

¹¹⁹¹ OMC, « Report on the implementation of article 66.2 of the TRIPs Agreement – United States », op. cit., p. 23.

¹¹⁹² www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2006/05/article_0005.html (consulté le 1er juillet 2016).

¹¹⁹³ Cf. n°61 et s.

prépondérance varie selon les Etats, au point que ces derniers se classent de la manière suivante :

- Le Bahreïn, le Koweït et les Emirats Arabes Unis ont une Constitution typiquement occidentale
- La Constitution du Qatar combine un style occidental aux traditions fondamentalistes
- L'Arabie Saoudite, l'Oman et le Yémen ont les Constitutions les plus fondamentalistes.

Ainsi, chaque pays prévoit le rôle de la Shariah au sein de leur territoire comme il suit :

- Le Bahreïn, le Koweït, et les Emirats Arabes Unis déclare que la Shariah est une source principale de la loi¹¹⁹⁴
- Le Qatar a déclaré que la Shariah était la source principale de la loi¹¹⁹⁵. La réforme constitutionnelle de 2004 a cependant rapproché la Constitution qatarie de la Constitution émiratie.
- L'Oman déclare que la Shariah est la base de leur législation¹¹⁹⁶
- Le Yémen déclare que la Shariah est la source de toutes les législations.¹¹⁹⁷
- L'Arabie Saoudite déclare que le Coran et la Sunna du Prophète Mahomet sont à la fois la seule source de la loi mais aussi la Constitution de l'Etat¹¹⁹⁸.

448. Plan. Alors que l'étude de la conformité des lois de propriété intellectuelle à la Shariah a retardé leur entrée en vigueur dans les pays du golfe, leur intégration à l'OMC et la pression internationale exercée pour que les législations islamiques entrent en conformité avec les traités internationaux ont accéléré le processus législatif. Ainsi, la doctrine islamique a-t-elle reconnu, non sans peine, l'existence de droits de propriété intellectuelle (I), dont le contenu reste en grande partie soumis aux préceptes de la Shariah (II). De cette confrontation naissent alors les défis que devons affronter les Etats du Golfe ces prochaines années (III).

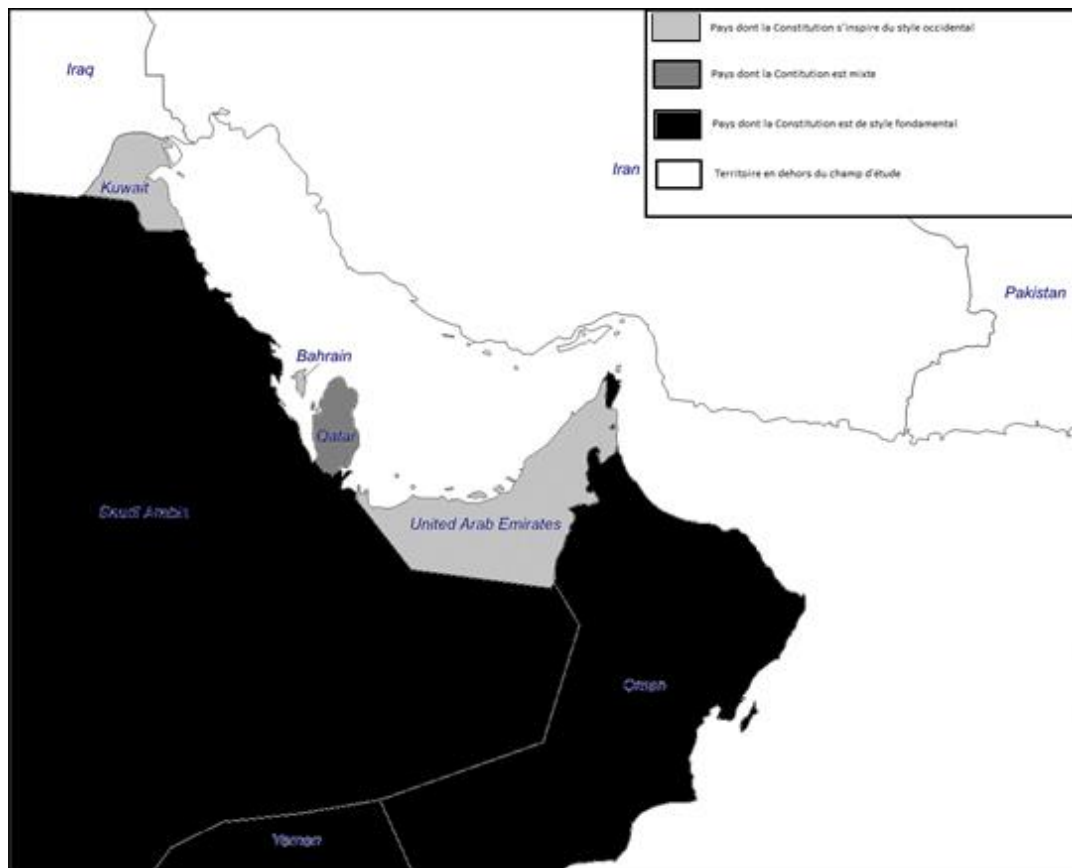
¹¹⁹⁴ Article 3 de la Constitution Bahreïnne ; Article 2 de la Constitution ; Article 7 de la Constitution émiratie.

¹¹⁹⁵ Article 1^{er} de la Constitution Qatari.

¹¹⁹⁶ Article 2 de la Loi Fondamentale omanaise.

¹¹⁹⁷ Article 3 de la Constitution Yéménite : « *La loi Islamique (Shariah) est la source de toute législation* ».

¹¹⁹⁸ Article 1^{er} de la Loi Fondamentale saoudienne.



CARTE N°8 : APPLICATION DE LA SHARIAH DANS LE GOLFE PERSIQUE

I – La reconnaissance des droits de propriété intellectuelle

449. Chronologie des doctrines islamiques. La propriété intellectuelle n’a jamais vraiment été méconnue du monde islamique puisque, comme nous l’avons étudié au chapitre premier, de nombreux pays reconnaissant l’Islam comme religion d’Etat ont promulgué une première loi dans ce domaine alors que leur autorité était restreinte par un statut de colonie, de protectorat ou de mandat, français ou italien¹¹⁹⁹. Les pays du Golfe font alors mine d’exception puisque le mandat britannique qui leur a été applicable a permis une instauration de la Shariah selon un degré d’influence que nous avons déjà mis en avant. Rappelons ainsi que le Koweït, qui considère la Shariah comme une source de droit parmi d’autres, a promulgué sa première loi sur les brevets en 1962, alors que le Sultanat d’Oman aura attendu l’année 2000.

¹¹⁹⁹ Cf . n°39 et s.

Ce premier pas vers une protection des droits de propriété intellectuelle a ainsi permis au Conseil international du droit musulman, dès sa cinquième session du 1 ou 6 *jumada al'oula* de l'an 1409¹²⁰⁰, de déclarer que : « *Après consultation des études soumises par les membres et les experts au sujets des droits moraux et son assistance aux débats l'abordant, il arrête que :*

- *Premièrement : le nom commercial, l'adresse commerciale, la marque commerciale, la rédaction, l'invention et la création sont des droits exclusifs à leurs possesseurs, qui sont revêtus dans la coutume contemporaine d'une valeur patrimoniale considérable par leur acquisition par les gens, et ces droits sont valables dans la Shariah islamique, la raison pour laquelle on ne doit pas les transgresser*
- *Deuxièmement : on ne peut disposer du nom commercial, de l'adresse commerciale ou de la marque commerciale et les copier moyennant compensation financière sans toutefois recourir à l'arnaque, aux mensonges ou à la fraude, de moment que c'est devenu un droit patrimonial*
- *Troisièmement : les droits de rédaction, d'invention et de création sont préservés par la Shariah, et leurs possesseurs ont le droit d'en disposer pleinement, comme il est interdit de les transgresser, et Allah en sais plus que tout »*¹²⁰¹.

Cependant, cette déclaration n'étudie les droits de propriété intellectuelle que sous un angle moral, et non patrimonial.

450. Le tangible et l'intangible. Face au mouvement d'harmonisation internationale du droit de la propriété intellectuelle et d'importation de lois européennes de propriété intellectuelle, la doctrine islamique s'est penchée sur la question de la conformité de ces lois séculières aux préceptes de la Shariah, et le premier débat est intervenu sur la reconnaissance de l'immatérielle par la Shariah.

Comme indiqué précédemment, la plupart des écoles reconnaissent aujourd'hui à l'exception de l'école hanafite pour laquelle « *seuls sont considérés comme bien les actifs tangibles*

¹²⁰⁰ Soit les 10 au 15 décembre 1988 selon le calendrier grégorien.

¹²⁰¹ Conseil international du droit musulman, « *Quararat wa tawsiyat majmaa alfiqh al'islami* [Les décisions et les recommandations du Conseil islamique de jurisprudence] », Dar Alqalan, 1988, p. 94.

*pouvant faire l'objet d'épargne, de négoce et d'utilisation concrète*¹²⁰²». Il ne peut donc y avoir de propriété intellectuelle puisque « *la possession physique est le seul critère de valorisation des biens* »¹²⁰³

Concernant le *Jouhmour*, les écoles malékite et chiite prennent en considération la finalité de la chose, seule son utilité lui donnant une valeur économique. Le Professeur AMIN révèle qu'aucune disposition expresse du Coran ou de la Sunna du Prophète ne limite le droit de propriété aux objets tangibles¹²⁰⁴, et affirme que l'introduction même des objets de propriété intellectuelle dans le marché économique répond à la définition du bien par le *Jouhmour*¹²⁰⁵, ainsi qu'à la Shariah qui, comme l'a rappelé le Conseil international du droit musulman lors de sa cinquième session, prévoit l'impossibilité pour une personne de tirer profit injustement d'un avantage commercial produit par le travail intellectuel d'un tiers.

De même, le professeur JAMAR suggère que, puisque la Shariah ne prévoit pas spécifiquement le domaine de la propriété immatérielle, elle n'interdit pas la promulgation de lois séculières afin de la compléter. Et le jurisconsulte Mufti Taqi USMANI considère que tant que la propriété intellectuelle n'est ni interdite ni régie par la Shariah, sa protection n'est pas contraire à l'Islam, car l'accord exprès ou tacite conclu par un citoyen musulman lors de sa Sunna¹²⁰⁶, concerne le respect des interdictions expressément édictées par la Shariah¹²⁰⁷. Ainsi, si un Etat promulgue une loi sur la propriété intellectuelle sans violer un précepte du Coran ou de la Sunna du Prophète, elle devra être respectée par tous les citoyens, comme toute autre loi commerciale ou pénale promulguée jusqu'ici.

451. La théorie contestataire contemporaine. Comme l'énonce le Professeur Mohamed Jabr Al-ALFI¹²⁰⁸, le rattachement de la propriété intellectuelle au droit de la propriété – tel

¹²⁰² « Les sciences de la Shariah pour les économistes », www.irtipms.org/OpenSave.asp?pub=111.pdf, (consulté le 1er juillet 2016)

¹²⁰³ B.-H. MALKAWI, « The alliance between Islamic law and intellectual property : structure and practice », *University of St Thomas Law Journal*, vol. 10, p. 624 (traduction).

¹²⁰⁴ S.-H. AMIN, « Law of Intellectual Property in developing Countries : Muslim World », 1993, *Scotisch Institute of International and Comparative Law*, p. 36.

¹²⁰⁵ *Idem*, p. 37.

¹²⁰⁶ Acte par lequel un musulman entre dans la communauté islamique.

¹²⁰⁷ M.-T. USMANI, « Copyright according to Shariah » *op. cit.*

¹²⁰⁸ http://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CC4QFjAC&url=http%3A%2F%2F212.138.117.22%2Fresearch_chairs%2Falmoqeel%2FDocuments%2Ffrance%2FDroits%2520de%2520propri%25C3%25A9t%25C3%25A9%2520intellectuelle%2520touchant%2520%2520au%2520commerce.pdf&ei

que cela eut lieu en Europe et aux Etats-Unis – a fait l’objet de nombreuses critiques et nous constatons que la doctrine islamique est tombée en désaccord sur la traduction-même des termes en langue arabe : si certains les traduisent par « *Al-Milkiya Al-Fikriya* » (propriété intellectuelle) ou « *Al-Milkiya Al-Adabiya* » (propriété littéraire), d’autres éliminent la notion de propriété en les traduisant par « *Al-Hokouk Al-Zihniya aw Al-Manawiya* » (droits intellectuels et moraux) ou « *Hokouk Al-Ibtikar* » (droits d’invention)¹²⁰⁹.

En effet, la doctrine islamique met en avant que les droits acquis par l’interprétation de la Shariah sont avant tout des droits moraux et non patrimoniaux, ces derniers pouvant alors prendre naissance au sein des lois séculières. Cependant, un courant moderne est apparu¹²¹⁰, porté par l’école hanafite, « *reniant l’aspect patrimonial des droits relatifs à la production écrite dans le domaine de la Shariah, en se basant sur le fait que le conditionnement de la propagation du savoir religieux à un gain pécuniaire est considéré comme un accaparement du savoir, acte religieusement blâmable, d’autant plus que l’acquisition du savoir est un acte d’obéissance et de rapprochement à l’égard d’Allah* »¹²¹¹. L’immatériel, manifesté ici par la connaissance et les lois de la nature mises en œuvre dans une invention, aurait une origine divine et représenterait un héritage commun du peuple musulman. Cette communauté, assimilable au domaine public connu dans les systèmes occidentaux, n’accepterait alors aucun monopole à titre individuel¹²¹². A ce titre, les lois séculières seraient donc contraires à la Shariah et ne seraient donc applicables qu’aux non-musulmans.

Ce courant contestataire doit cependant être minimisé puisqu’il s’exerce dans les pays où la Shariah a une valeur supérieure aux lois séculières – tels que l’Arabie Saoudite, le Sultanat d’Oman et le Yémen. Or la jurisprudence contemporaine de ces pays, se basant sur les intérêts évolutifs de la société islamique, tend à affirmer l’aspect patrimonial de ces objets¹²¹³.

=6IVkVIn6M8zvauP1gbgB&usg=AFQjCNFA0swrHGxI5xmcGtK_s4Rft4ItzA&bvm=bv.79189006,d.d2s (consulté le 1er juillet 2016).

¹²⁰⁹ Idem.

¹²¹⁰ Idem.

¹²¹¹ Idem.

¹²¹² I. ABDUL GHANI AZMI, « Basis for the Recognition of Intellectual Property in the Light of the Shariah », International Review of Intellectual Property and Competition Law, 1996, p. 650.

¹²¹³ http://www.google.fr/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CC4QFjAC&url=http%3A%2F%2F212.138.117.22%2Fresearch_chairs%2Falmoqueel%2Fdocuments%2Ffrance%2FDroits%2520de%2520propri%25C3%25A9t%25C3%25A9%2520intellectuelle%2520touchant%2520%2520au%2520commerce.pdf&ei=6IVkVIn6M8zvauP1gbgB&usg=AFQjCNFA0swrHGxI5xmcGtK_s4Rft4ItzA&bvm=bv.79189006,d.d2s (consulté le 1er juillet 2016)

II – Le contenu du droit islamique des brevets

452. Plan. Les systèmes juridiques des Etats du Golfe ont au cours de ces trente dernières années un développement et des changements radicaux. La construction des régimes de protection des droits de propriété intellectuelle antérieure illustre un cycle de développement remarquable par sa courte période. Le point de rupture se situe entre 1995 et 2005, ce qui nous permet de porter notre étude sur les périodes antérieure (A) et postérieure (B) à l'Accord sur les ADPIC.

A – La protection des brevets antérieure à l'adhésion des pays du Golfe à l'OMC

453. Deux Etats précoces. Jusqu'à la vague de réforme législative consécutive à l'adoption de l'Accord sur les ADPIC, seul le Bahreïn et le Koweït ont adopté les mesures nécessaires à la protection des brevets sur leur territoire. Le Bahrain's omnibus Patent, Design and Trade Marks Regulation de 1955 prévoit une forme de protection des brevets totalement subordonnée la législation en vigueur au Royaume-Uni (1). Le Koweït quant à lui a promulgué une loi originale sur les brevets en 1962 (2).

1 – Le Bahreïn

454. La subordination au Royaume-Uni. La loi bahreïnie du 24 Shawal de l'an 1374¹²¹⁴ intervient alors que le Bahreïn était encore sous mandat britannique. Cet état de subordination s'identifie très clairement dans son préambule, disposant que : « *« contrôleur général » désigne le contrôleur général britannique des brevets, des dessins et modèles et des marques, et inclut toute personne autorisée par lui ou par la commission de commerce du Royaume-Uni à délivrer des certificats concernant des brevets, des dessins ou des marques déposés au Royaume-Uni [...] « Cour » désigne la Cour mixte [...] « Titulaire » désigne une ou des personnes inscrites au Registre des brevets du Royaume-Uni en tant que bénéficiaire ou titulaire du brevet* » (traduction). Nous noterons que le territoire identifié dans cette loi n'était pas expressément limité à l'Etat du Bahreïn et certaines directives britanniques ont décrit le

¹²¹⁴ Soit l'an grégorien 1955.

champ territorial des marques de fabrique comme comprenant le Bahreïn, le Koweït, le Qatar, le Sultanat d'Oman et le territoire de Mascate, et les Etats de la Trêve (futurs Emirats Arabes Unis)¹²¹⁵. Cependant, aucune trace de cette loi n'est retrouvée dans l'historique juridique de ces Etats, à l'exception du Bahreïn. Si les brevets britanniques étaient reconnus dans tous ces territoires en vertu de ces directives britanniques, seul le Bahreïn disposait, de par cette loi de 1955, d'une administration locale de dépôt des demandes.

Pour pouvoir être enregistré par les autorités bahreïnes, le brevet devait faire l'objet d'un titre reconnu par le Royaume-Uni¹²¹⁶. Les conditions de brevetabilité ne furent pas définies puisque celle-ci faisaient déjà l'objet d'une étude par l'office britannique des brevets et le pouvoir d'appréciation de l'office bahreïne se limitait alors à rejeter la demande lorsque celle-ci était considéré comme :

- Contraire à l'ordre public, à la morale ou aux intérêts de la communauté.
- Contraire aux lois impératives
- Heurtant ou suscitant les susceptibilités religieuses d'une des communautés représentée sur le territoire
- Incompatible avec une disposition quelconque de la loi de 1955¹²¹⁷.

Le monopole était alors soumis aux conditions et limitations existantes pour le brevet britannique¹²¹⁸.

455. L'indépendance du Bahreïn. Le décret du 28 Thulhijja de l'an 1397¹²¹⁹ marque le passage à l'indépendance du Bahreïn, libéré du mandat britannique en 1971. L'article 1^{er} dispose alors que « *Il est supprimé des définitions figurant à l'article 1 du Règlement, la définition du contrôleur général, le serment prescrit, les marques locales. La mention du Royaume-Uni est supprimée partout où elles se trouvent dans le règlement* » (traduction). Les effets de ce décret furent donc de :

¹²¹⁵ Article 23 du décret de 1955

¹²¹⁶ Article 2 du décret de 1955

¹²¹⁷ Article 9 du décret de 1955 .

¹²¹⁸ Article 20 du décret de 1955

¹²¹⁹ Soit le 9 novembre 1977.

- Supprimer toute subordination et toute référence aux brevets britanniques, dont le champ territorial ne comprend plus le territoire du Bahreïn.
- Supprimer toute référence au Royaume-Uni et aux institutions britanniques. La compétence administrative a alors été transférée par un Comité semi-indépendant nommé par le Ministère du commerce et de l'agriculture alors que la compétence judiciaire est transférée au nouvel ordre judiciaire par la loi judiciaire de 1971, qui divise les juridictions civiles, compétentes pour les questions générales de droit de la propriété intellectuelle, et les juridictions islamiques, compétentes pour les questions de respect de l'ordre public et des préceptes économiques édictés par la Shariah.
- Disposer les conditions de brevetabilité et les droits rattachés au brevet. Ainsi, l'article 11 du décret de 1971 modifie l'article 20 du décret de 1955 en prévoyant un monopole d'exploitation sur le territoire bahreïni pour une durée de 15 ans, renouvelable pour 10 ans si l'inventeur peut démontrer l'importance particulière de l'invention et les faibles retombées pécuniaires liées à son exploitation. Cependant, si le décret de 1977 décrit précisément le contenu de la marque et des dessins et modèles, aucune définition du brevet ne permet de déterminer les conditions de brevetabilité et seule une référence tacite aux lois britanniques a permis à l'office bahreïnie des brevets d'étudier les demandes qui lui étaient transmises. Il aura alors fallu attendre 2004 pour voir apparaître les premières conditions de brevetabilité telles qu'elles sont présentées au sein de l'Accord sur les ADPIC.

2 – Le Koweït

456. L'indépendance du Koweït. Deuxième dans la chronologie après la loi bahreïnie, la loi koweïtie du 5 Dhui Qi'da de l'an 1381¹²²⁰ a été promulguée dix mois après la Déclaration d'indépendance du Koweït, libéré du protectorat britannique mis en place par le gouvernement koweïti en 1899. Elle est cependant la première loi de la péninsule arabique à définir ce qu'est une invention. Ainsi, l'article 1^{er} énonce que : « *des brevets d'invention seront, conformément aux dispositions de la présente loi, accordés pour chaque innovation susceptible de faire l'objet d'une exploitation industrielle, en liaison, soit avec de nouveaux*

¹²²⁰ Soit le 9 avril 1962.

produits industriels ou de nouveaux procédés ou moyens industriels, soit avec une application nouvelle de moyens et procédés industriels connus ».

Aucune mention n'est faite à la loi islamique. Cette absence de référence peut s'expliquer d'une part par le fait que la Shariah soit considérée dans la Constitution koweïtية comme une source de droit parmi d'autres, et s'applique de manière subsidiaire aux lois séculières¹²²¹. D'autre part, la loi de 1962 intervient dans un contexte d'indépendance où le Koweït, enclin à une coopération postcoloniale avec les pays d'Europe afin de se protéger des revendications irakiennes, se conforme au modèle occidental imposé par les conventions internationales. Ainsi des clauses de réciprocité et de traitement national ont-elles été instaurées en vue de préparer l'intégration du Koweït au sein du GATT¹²²² : *« le traitement national a été étendu aux non-Koweïtiens vivant ou ayant une entreprise établie au Koweït, aux autres ressortissants ou résidents de pays qui ont accordé la réciprocité au Koweït, ainsi qu'aux entreprises, institutions publiques et autres entités juridiques établies au Koweït ou originaire de pays qui ont accordé la réciprocité au Koweït »*¹²²³. Par exemple, entre d'autres dispositions du même type, l'article 5 de la loi de 1962 dispose que *« les personnes suivantes ont le droit de demander des brevets d'invention : les personnes originaires de Koweït ; les étrangers résidant à Koweït ou y possédant des organisations industrielles ou commerciales ; les étrangers qui sont ressortissants de pays accordant à Koweït la réciprocité de traitement ou qui résident ou ont effectivement des locaux dans lesdits pays ; les compagnies, sociétés, associations, institutions ou groupe de fabricants, de producteurs, de commerçants ou de*

¹²²¹ Nous ne considérons pas utile d'étudier en détail le contenu de la loi séculière étant donné l'influence occidentale qu'elle a subi et l'absence de l'influence religieuse que nous souhaitons mettre en avant. Cependant, il faudra noter quelques particularités comme l'article 3 qui délimite temporellement la condition de nouveauté relative, et l'article 12 qui prévoit une durée de protection inférieure à celle prévue en Europe : article 3 de la loi de 1962 : *« un brevet n'est pas considéré comme étant nouveau, en totalité ou en partie, dans les deux cas suivants : si, dans les 20 années précédant la date de dépôt de la demande de brevet, l'invention a déjà été publiquement utilisée à Koweït, d'une manière rendant possible une exploitation par des experts ; si, dans les 20 années précédant la date de dépôt de la demande de brevet, un brevet afférent à l'invention, ou à une partie de celle-ci, a déjà été accordé à des personnes autres que l'inventeur ou ses ayant-cause, ou si, au cours de la même période, une demande de brevet concernant la même invention, ou une partie de celle-ci, a déjà été déposée par d'autres personnes »* ; article 12 de la loi de 1962 : *« La durée du brevet sera de 15 ans à compter de la date de la demande. Le breveté a le droit de demander un renouvellement pour une période de cinq ans au maximum, sous réserve que ce renouvellement soit demandé pendant la dernière année et que l'intéressé soit en mesure d'établir que l'invention présente une importance particulière et qu'il n'en a pas tiré de profits proportionnés aux efforts déployés et aux dépenses engagées par lui ».*

¹²²² Article 4 de la loi koweïtية de 1962.

¹²²³ D. PRICE, « The development of intellectual property regimes in the Arabian gulf states : infidels at the gates », Cavendish, 2009, p. 44 (traduction).

travailleurs, établis à Koweït ou dans des pays pratiquant la réciprocité de traitement à l'égard de Koweït, lorsque ces organismes possèdent la personnalité juridique ».

La loi de 1962 est avant tout remarquable pour sa longévité par rapport aux législations des autres Etats du Golfe, puisque, malgré deux amendements en 1999 et en 2001, l'essentiel de ses dispositions sont toujours en vigueur aujourd'hui. Cette loi est cependant aujourd'hui critiquée en raison de son inadéquation aux évolutions du droit international de la propriété intellectuelle et de l'insuffisance des sanctions prévues en cas de contrefaçon : *« au cours des dernières années, cette loi a suscité des critiques en raison de la souplesse et de la portée de ses dispositions relatives à l'exclusion de la brevetabilité, de l'insuffisance globale perçue de ses sanctions selon les normes modernes et de l'exclusion de la brevetabilité des produits pharmaceutiques et agricoles »*¹²²⁴.

B – La protection des brevets postérieure à l'adhésion des pays du Golfe à L'OMC

457. Des lois tardives. La ratification de l'Accord sur les ADPIC par les Etats du Golfe a été progressive. Alors que les Etats dont la Constitution reprend un style occidental ont intégré l'OMC dès sa création en 1995, l'Oman a adhéré à l'Organisation en 2000, l'Arabie Saoudite en 2005 et le Yémen en 2014. Afin de se conformer aux textes internationaux, la plupart de ces Etats ont dû promulguer leur première loi sur les brevets. Ces lois tardives, qui ne connaissent d'autre influence que celle des organisations internationales étant donné l'absence de contexte historique lié à ce domaine, reprennent la forme de loi-type, dans lesquelles s'insèrent quelques dispositions concernant la Shariah. Nous verrons ainsi l'influence de ces dispositions sur le champ de la brevetabilité (1) et les droits conférés au brevet (2)

1 – Le champ de brevetabilité

458. Les conditions de brevetabilité. Le champ de brevetabilité des inventions est le principal exemple de fusion entre les traités internationaux et les concepts de la Shariah, car la reconnaissance tardive des droits de propriété intellectuelle par les pays islamiques ont relativement évité l'interaction de toute autre source d'influence. Ainsi, en conformité à

¹²²⁴ Idem, p. 46 (traduction).

l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC, les lois de tous les pays du Golfe et du Conseil de coopération du Golfe énoncent une définition de l'invention et des conditions de brevetabilité identique aux dispositions des traités internationaux, en reprenant des termes connus comme la nouveauté, l'activité inventive et l'application industrielle¹²²⁵. Tout au plus pouvons-nous constater que le vocabulaire utilisé est en faveur du rayonnement international du droit européen par rapport au droit américain, puisque les conditions de brevetabilité énumérées se définissent selon les critères établies par l'Office Européen des brevets. Ainsi la nouveauté est-elle décrite comme une nouveauté absolue – l'adhésion à l'OMC ayant provoqué l'abandon de la nouveauté temporellement relative que nous avons pu remarquer dans la loi koweïtية de 1962 – et les définitions des conditions d'application industrielle et d'activité inventive permettent de les distinguer des conditions américaines de non-évidence et d'utilité.

459. L'exclusion de la brevetabilité. A côté de ces dispositions séculières, nous retrouvons pourtant une influence certaine de la loi islamique, qui varie en fonction de son importance décrite dans les Constitutions des Etats du Golfe. Ainsi, nous pouvons classer ces derniers de la manière suivante :

- Le Bahreïn, les Emirats Arabes Unis et le Koweït considèrent la Shariah comme une source de loi parmi d'autres, et l'applique subsidiairement aux lois séculières. La Shariah n'a donc aucune influence sur ces lois – y compris dans la définition de l'ordre public et de la moralité – et aucune référence à l'Islam n'est décelée, mis à part le fait que dans ces trois pays, les lois sur les brevets ont été approuvées dans leur

¹²²⁵ Article 2 de la loi bahreïnienne de 2006 : « *An invention shall be considered new if not contained in previous industrial technology state ; An invention shall be considered as involving an inventive step if it would not have been obvious to a person having ordinary skills in the art, subject of the patent ; An invention shall be considered as industrially applicable if it is possible to apply it in agriculture, fishing, services, handicrafts or any kind of industry in the broadest sense of the world* » ; Article 4 de la loi émiratienne de 2006 : « *a letters patent shall be awarded to any new invention resulting from an innovative idea or inventive step has a scientific basis and is capable of industrial application* » ; Article 3 de la loi omanaise de 2008 : « *An invention is patentable if it is new, involves an inventive step and is industrially applicable* » ; Article 2 de la loi qatarie de 2006 : « *patents shall be available for any inventions, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application whether they are related to new industrial products...* » ; Article 3 de la loi saoudienne de 2004 : « *a patent may be issued on an invention, in accordance with the provisions of this Law, if it is new, involves an inventive step, and capable of industrial application* » ; Article 4 de la loi Yéménite de 2011 : « *an invention may be granted a patent under the provisions of this Act, provided it is new, involves an inventive step and has an industrial application* ».

ensemble par le Conseil islamique de la Choura¹²²⁶. Pour ces trois Etats, le champ de brevetabilité se définit comme celui prévu par les lois européennes et américaines.

- La loi omanaise ne fait aucune référence expresse à la Shariah. Cependant, la Constitution omanaise prévoit la supériorité de la Shariah sur toutes les lois séculières qui devront donc être interprétées à sa lumière. Ainsi, lorsque l'article 2 de la loi omanaise de 2008 énonce que ne sont pas brevetables les inventions contraires à l'ordre public et à la moralité, les notions mêmes d'ordre public et de moralité seront définies par la doctrine islamique à la lumière de la Shariah.
- Les lois saoudienne, yéménite et qatari font, en dehors de toute considération constitutionnelle, directement référence à la Shariah. Ainsi, l'article 4 de la loi saoudienne de 2004 dispose que « *un brevet ne peut être accordé si son exploitation va à l'encontre la Shariah* » (traduction) ; l'article 6 de la loi yéménite de 2011 dispose que : « *le brevet ne peut être accordé dans les cas suivants : [...] les inventions dont l'exploitation irait à l'encontre de la Shariah, l'ordre public ou les bonnes mœurs* » (traduction) ; et l'article 2 de la loi qatarie de 2006 dispose que : « *Le brevet ne peut être accordé à aucune invention qui serait contraire aux disposition de la Loi islamique* » (traduction).

460. Les inventions interdites. La référence, expresse ou tacite, à la Shariah aura alors pour conséquence d'interdire la brevetabilité de toute invention qui lui serait contraire. Nous pouvons classer ces types d'inventions en quatre catégories : les inventions prosrites, les inventions touchant au concept de création, les inventions touchant à l'être humain, et enfin les inventions touchant à la santé :

- Les biens prosrits sont les biens ne pouvant faire l'objet d'un contrat et dont l'appropriation, l'exploitation et la consommation sont interdites. Une invention ayant pour objet la consommation ou la transformation de ces biens ne peut donc faire l'objet d'un brevet. Cette catégorie de biens est alors déterminée par les règles islamiques du pur et de l'impur, est comprend les produits du corps humain, les cadavres d'animaux, l'alcool, le tabac et les drogues... Le seul exemple d'invention prosrite qui a pu apparaître à ce jour en Egypte a été un nouveau procédé de

¹²²⁶ Par exemple : Préambule de la loi bahreïnne du 4 Thi Al Hijja de l'an 1424 (24 janvier 2004)

fabrication d'alcool¹²²⁷. L'interdiction ne concernant pas la mise en place d'un monopole mais l'interdiction totale d'exploiter l'invention sur le territoire du pays islamique, cette restriction ne porte pas à conséquence sur le régime international de la propriété intellectuelle et ne constitue qu'une exception locale négligeable.

- L'exclusion de brevetabilité de l'être humain, des animaux et des plantes, qui tire son origine dans la doctrine islamique du concept de création selon lequel Allah a créé l'Univers dans un ordre et une proportion que l'homme ne doit pas modifier, se compare aisément à l'exclusion bioéthique contenue dans les législations européennes et américaines. Cependant, la mise en conformité des législations des Etats du Golfe aux dispositions de l'article 27-3 sur les obtentions végétales va totalement à l'encontre de la doctrine islamique selon laquelle la mise en garde du Coran contre la modification des créations d'Allah équivaut à une interdiction absolue¹²²⁸.
- Selon la doctrine islamique, les produits pharmaceutiques entrent dans la catégorie des *Hajiyyah* qui regroupe les objets essentiels à la préservation de la vie. Selon la Shariah, l'un des devoirs de l'Etat est de garantir un niveau de vie minimum en assurant l'accessibilité de la nourriture et des produits pharmaceutiques. Abdul Ghani AZMI considère cependant que « *ce devoir de l'Etat ne doit pas être une raison de nier le bénéfice des brevets. Tant que le brevet n'affecte pas l'accès à la nourriture et aux médicaments, il n'y a aucune raison d'en refuser les demandes. C'est pour ces raisons que nous voyons dans de nombreux pays des règles concernant les licences obligatoires afin d'assurer un approvisionnement suffisant des populations* ». Cependant, s'il reconnaît la brevetabilité des produits pharmaceutiques, il rappelle judicieusement que « *la doctrine islamique considère que le Hadd est inapplicable à celui qui vole sa nourriture en période de famine* »¹²²⁹. Autrement dit, si les produits pharmaceutiques sont en soi brevetables, les droits de brevet peuvent faire l'objet d'une atteinte dès lors que l'intérêt public l'exige. Si ces propos nous rappellent les débats concernant les licences obligatoires, nous remarquons que les lois des Etats du

¹²²⁷ S.-D. JAMAR, «The protection of intellectual property under Islamic law », 21 Cap. U. L. Rev. 1079, 1992, p. 15.

¹²²⁸ A.-G. AZMI, « Intellectual property law and Islam in Malaysia », Thèse de doctorat du Queen Mary & Westfield College, 1995, p. 199.

¹²²⁹ Idem, p. 212 (traduction).

Golfe sont sur ce point beaucoup plus flexibles que celle des Etats européens et américains¹²³⁰.

- Les méthodes commerciales peuvent faire l'objet d'un brevet dans certains pays islamiques¹²³¹, sous réserve d'être conformes à la doctrine économique islamique qui se développe depuis 1970. Cette catégorie d'exclusions sera alors la plus problématique car, outre la possibilité qui n'existe pas en Europe de breveter une méthode, la doctrine islamique ne reconnaît pas les obligations financières traditionnelles existantes sur les marchés européen et américain. Ainsi, un montage financier sera brevetable sous certaines conditions : il ne devra faire intervenir le paiement d'intérêts ni l'investissement à risque non contrôlé par une autorité islamique, et le capital en résultant ne pourra être investi dans les industries reconnues illicites, car produisant des biens non valorisés.

2 – Les droits attachés au brevet

461. Plan. L'influence de la Shariah se retrouve aussi bien dans la définition des droits aux brevets (2a) que dans la sanction de leurs atteintes (2b).

2a – La définition des droits

462. Des droits conformes à la Shariah. Bien que les droits prévus dans les lois des Etats du Golfe soient identiques aux droits prévus dans l'Accord sur les ADPIC – un droit positif consistant à exploiter l'invention, et un droit négatif consistant à interdire l'exploitation aux tiers¹²³² – la doctrine islamique n'a pas manqué de vérifier la conformité de ces lois avec la Shariah.

¹²³⁰ D. PRICE, « The development of intellectual property regimes in the Arabian gulf states : infidels at the gates », op. cit., pp. 113-115.

¹²³¹ Les méthodes commerciales sont en effet exclues de la brevetabilité au Yémen, dans le Sultanat d'Oman et les Emirats Arabes Unis.

¹²³² Par exemple : article 11 de la loi omanaise de 2008 : « *a patent shall confer on its owner the right to prevent third parties from exploiting the patented invention in Oman. The right of the patent owner is defined by the claims* » : article 9 de la loi qatarie de 2006 : « *The patent shall be granted to the person who is authorized to be the right holder [...] The patent shall allow its owner to exploit the patented invention through making, using,*

Selon la Shariah, *Haq* – les droits légaux – ne sont pas absolus par nature et une propriété intellectuelle trop excessive peut aboutir à une forme absolue de monopole dont le Prophète Mahomet a mis le peuple musulman en garde : « *le monopole conduit à la confusion des marchés, aux prix excessifs et à la pauvreté. Par conséquent, l'Islam l'interdit. De nombreuses traditions sur ce point ont été transmises par le Prophète : [...] Personne n'accapare, sauf le malfaiteur* »¹²³³. Les droits de propriété intellectuelle ne sont pourtant pas considérés comme contraire à la Loi islamique : Comme l'énonce le Professeur Bashar H. MALKWI : « *Cela dépend du fait que le produit protégé soit ou non une nécessité publique. Si le produit n'est pas une nécessité et ne fournit pas une commodité majeure, le monopole peut être autorisé sous la Shariah. Cependant, si le produit impliqué est une nécessité, le monopole n'est pas admis. Par exemple, les droits de propriété intellectuelle sur le traitement d'une maladie peuvent être inadmissibles. Dans ce cas, le gouvernement peut avoir besoin d'acheter les droits portant sur ce produit à un prix équitable afin de le rendre accessible au public à un prix raisonnable* »¹²³⁴.

Un certain nombre de limite est alors requis afin de satisfaire les préceptes de la Shariah concernant la préservation de l'intérêt public¹²³⁵.

463. Durée de protection. Par exemple, toutes les lois sur la propriété intellectuelle disposent d'une durée spécifique de protection des droits de propriété intellectuelle, au terme de laquelle les droits tombent dans le domaine public. Les Etats du Golfe n'en font pas exception. Ainsi pouvons-nous noter que les dispositions suivantes se conforment aux standards internationaux :

- L'article 12 de la loi omanaise dispose que : « *le brevet expire 20 ans après le dépôt de la demande* » (traduction).

offering for sale, selling, or importing the necessities of legitimate exploitation. No one shall be allowed to exploit the patent without an explicit written permission by its owner ».

¹²³³ www.maaref-foundation.com/english/history/the_life_of_holy_prophet/12_education.htm (consulté le 1er juillet 2016) (traduction).

¹²³⁴ B.-H. MALKAWI, « The alliance between Islamic law and intellectual property : structure and practice », op. cit., p. 634 (traduction).

¹²³⁵ Idem, p. 633.

- L'article 14 de la loi bahreïnienne dispose que : « *le terme du brevet arrive 20 ans à compter de la date de dépôt de la demande sur le territoire du Royaume* » (traduction).
- L'article 19 de la loi saoudienne dispose que : « *la période de protection est de 20 ans à compter de la date de dépôt de la demande* » (traduction).
- L'article 11 de la loi qatarie dispose que : « *la protection ne peut se terminer qu'après l'expiration d'un délai de 20 ans à compter de la date de dépôt de la demande* » (traduction).
- L'article 14 de la loi émiratie dispose que : « *le terme du brevet arrive 20 ans – 10 ans pour les certificats d'utilité – à compter de la date de dépôt de la demande* » (traduction).
- L'article 13 de la loi yéménite dispose que : « *la protection est accordée pour une période de 20 ans à compter de la date de dépôt de la demande* » (traduction).

Pourtant, la loi yéménite de 2001 a abrogé la loi de 1994 dont l'article 77 prévoyait une limitation temporelle de brevets de quinze ans à compter de la date d'enregistrement du brevet, et que les droits résiduels n'entraient pas dans le domaine public mais été reversé à l'Etat. Cet article tire en effet son essence du *waqf*, qui est défini par le droit islamique comme une donation par un particulier à une œuvre d'utilité publique. Cette pratique avait en effet été étendue aux droits de propriété intellectuelle, et notamment aux droits d'auteur¹²³⁶.

L'introduction de la notion de domaine public a alors été inévitable dans la loi yéménite étant donné d'une part le déclin actuel du *Waqf* au sein de nombreux pays de tradition islamique, et d'autre part de la pression internationale et régionale, afin d'harmoniser la législation yéménite aux standards instaurés par l'OMC, mais également aux nouveaux standards en vigueur dans les Etats-membres du Conseil de coopération du Golfe.

464. Les licences obligatoires. Autre exemple de limitation des droits conférés par le brevet, tous les Etats du Golfe utilisent les flexibilités permises par l'article 31 de l'accord sur les ADPIC en prévoyant l'octroi de licences obligatoires. Ces flexibilités ont en effet permis de mettre un terme à la controverse sur l'appréhension du monopole par la Shariah, en

¹²³⁶ Idem.

permettant à la doctrine islamique de les comparer aux préceptes de la Shariah. Ainsi, « *La licence obligatoire correspond parfaitement aux préceptes coraniques de partage des richesses avec les pauvres, afin d'agir pour le bien commun. L'image de ceux qui partagent leurs richesses pour le plaisir d'Allah est celle d'un jardin en hauteur : lorsque la tempête de pluie le frappe, il fleurit* »¹²³⁷.

2b - L'atteinte aux droits de brevet

465. Définition de l'atteinte. Si les lois sur les brevets des Etats du Golfe révèlent un certain terrain d'entente dans leurs descriptions des atteintes aux droits conférés par le brevet, les voies de recours et le niveau de sanction diffèrent sensiblement entre chaque Etat. Ces lois sont généralement laconiques, surtout en comparaison avec les descriptions de atteintes prévues dans les lois sur le droit d'auteur¹²³⁸, et énoncent une définition très large des actes pouvant constituer une atteinte : « *Tout acte d'exploitation des inventions brevetées en vertu des dispositions de la présente loi* »¹²³⁹. Sont alors considérés comme actes de contrefaçon « *la fabrication, l'importation, l'offre à la vente, ou l'entreposage à ces fins...* »¹²⁴⁰.

466. la contrefaçon comme extension du vol. Le Coran condamne le vol des biens appartenant à autrui. Dans la Sourate de la Vache 2:188, il est écrit que « *ne dépouillez pas injustement les uns des autres de vos biens ! Ne les offrez pas non plus aux juges dans l'espoir de vous accaparer illégalement et en toute connaissance de cause d'une partie des biens appartenant à autrui !* ». Et le prophète Mahomet, dans son sermon du pèlerin a dit : « *aucune propriété d'un musulman n'est légal pour son frère, sauf lorsque celle-ci résulte de la bonté de son cœur, alors ne vous trompez pas* »¹²⁴¹. La doctrine islamique se base alors sur ces textes pour énoncer que les droits de propriété, y compris les droits de propriété intellectuelle, ne peuvent être violés.

¹²³⁷ S.-D. JAMAR, « The protection of intellectual property under Islamic law », op. cit., p. 17 (traduction).

¹²³⁸ D. PRICE, « The development of intellectual property regimes in the Arabian gulf states : infidels at the gates », op. cit., p. 116.

¹²³⁹ Article 34 de la loi saoudienne de 2004 (traduction).

¹²⁴⁰ D. PRICE, « The development of intellectual property regimes in the Arabian gulf states : infidels at the gates », op. cit., p. 116 (traduction).

¹²⁴¹ M. AL-GHAZALI, « Fiqh-us-Seerah : understanding the life of the Prophet Mohammad ». Cité par B.-H. MALKAWI, « The alliance between Islamic law and intellectual property : structure and practice », op. cit., p. 636.

Au-delà du Coran et de la Sunna, nous pouvons également noter la *fatwa* d'Al-Azhar soutient la protection de la propriété et l'étend aux droits de propriété intellectuelle. Ainsi, le Comité de la Fatwa, en 1988, a précisé que, conformément aux préceptes de l'Islam, aucune autre personne que le propriétaire ne pouvait disposer de/copier/profiter/utiliser/attribuer un bien sans le consentement de ce dernier. Dans ce cas où l'infraction a été commise, le propriétaire doit alors être indemnisé¹²⁴². Dans une autre *Fatwa*, ce comité a également été plus précis concernant les droits de propriété intellectuelle, énonçant que : « *copier un écrit et se présenter comme le créateur d'une œuvre créée par autrui est une forme de plagiat contraire à la Shariah et aux lois séculaires* »¹²⁴³. Ce qui vaut pour le droit d'auteur vaut pour le brevet : la contrefaçon d'une invention est considérée comme un acte illicite en vertu de la Shariah et justifie des sanctions civiles et pénales¹²⁴⁴.

467. Les sanctions pénales. Dans la Shariah, le terme *Hadd* est utilisé pour définir la sanction imposée aux crimes et délits mentionnés dans le Coran et la Sunna du prophète, alors que le terme *Tazir* désigne les sanctions dépendantes des lois séculières, dont la modulation est laissée à l'appréciation discrétionnaire du *Qadi* – le juge.

Le *Tazir* se présente donc sous la forme des sanctions prévues dans les lois séculières que nous avons étudiées jusqu'ici. Il s'agit de peines d'emprisonnement et d'amendes dont le montant varie en fonction du pays. Ces lois sont conformes aux articles 45, 46 et 61 de l'Accord sur les ADPIC. Nous noterons simplement que la variation des sanctions entre les Etats et entre les différents droits de propriété intellectuelle dans chaque Etat est sensiblement critiquée. Certains Etat du Golfe ont en effet été accusés par les pays industrialisés de disposer d'un niveau de sanctions peu dissuasif qui engendre un environnement favorable à la contrefaçon. En effet, A la lecture des lois que nous avons étudiées jusqu'ici, aucun Etat du Golfe ne prévoit une peine d'emprisonnement de plus de deux ans, la moitié ne prévoit qu'une peine d'un an, et le Yémen joue le mauvais élève avec une peine de six mois. Cependant, comme l'énonce David Price : « *cependant, les hauts-fonctionnaires de ce pays*

¹²⁴² Islamic Fiqh Academy, «Resolutions an recommendations of the Council of Islamic Fiqh Academy », Résolution n°43, 2000, p. 86-87.

¹²⁴³ <http://theislamicworkplace.com/2008/09/03/islam-for-bids-the-violation-copyright-laws-and-laws-regarding-intellectual-property> (consulté le 1er juillet 2016) (traduction).

¹²⁴⁴ B.-H. MALKAWI, « The alliance between Islamic law and intellectual property : structure and practice », op. cit., p. 636.

décrivent la vie dans les prisons locales avec une certaine ironie : pas de cellules individuelles, pas de changement hebdomadaires des draps, pas de sport, pas de films, même pas de repas régulier...»¹²⁴⁵.

A l'opposé du *Tazir*, le *Hadd* se présente sous la forme d'une peine non-modulable étant donné son origine divine, applicable aux crimes et aux délits mentionnés dans le Coran et la Sunna du prophète. Ainsi, d'après la Sourate n°5 du Coran : « *Le voleur et la voleuse, à tous deux coupez les mains, en punition de ce qu'ils se sont acquis, et comme châtiment de la part d'Allah. Allah est Puissant et Sage. Mais quiconque se repent après son tort et se réforme, Allah accepte son repentir, car Allah est, certes, Miséricordieux* ».

La question n'a alors pas manqué d'être posée par la doctrine islamique, quant à savoir si la contrefaçon d'un droit de propriété intellectuelle – qui tire son origine du droit de propriété défini dans le Coran – relève de la *Shariah*, et doit ainsi être sanctionnée par l'amputation du membre du contrefacteur¹²⁴⁶. La réponse est négative puisque pour que le *Hadd* concernant le vol puisse être applicable, certaines conditions doivent être réunies. Ces conditions concernent aussi bien l'individu accusé de contrefaçon que le produit contrefait. Ainsi, le *Hadd* concernant le vol ordonne que l'objet volé soit gardé à la vue de son propriétaire. Or, « *appliquer cette condition à la propriété intellectuelle semble problématique. Il n'est pas imaginable que création intellectuelle soit détenue par son propriétaire en tant que telle* »¹²⁴⁷. Les auteurs mettent ici en avant le caractère immatériel de l'invention découlant d'un travail intellectuel. Cela ne semble pourtant pas convaincre le professeur MALKAWI : « *cette justification semble peu convaincante. Un travail créatif peut rester sous la garde du propriétaire et être toujours protégé. Par exemple, la protection du droit d'auteur est accordée une fois que les travaux sont réduits à l'écriture ou autre forme matérielle. En outre, un secret commercial perd la protection s'il est divulgué au public* ». ¹²⁴⁸ Pour lui, l'unique raison convaincante pour ne pas appliquer le *Hadd* à l'acte de contrefaçon serait l'absence de mention d'un tel délit au sein du Coran. A défaut de texte clair, la contrefaçon entre dans le domaine du *Tazir* dont les sanctions prévues sont suffisamment raisonnables pour protéger les

¹²⁴⁵ D. PRICE, « The development of intellectual property regimes in the Arabian gulf states : infidels at the gates », op. cit., p. 146 (traduction).

¹²⁴⁶ B.-H. MALKAWI, « The alliance between Islamic law and intellectual property : structure and practice », op. cit., p. 637.

¹²⁴⁷ M.-A. NASER et W.-H. MUHAISEN : « Sharia : intellectual theft or intellectual infringement ? », 4 J. INT'L Com. L. & Tech. 71, 2009, p. 74.

¹²⁴⁸ B.-H. MALKAWI, « The alliance between Islamic law and intellectual property : structure and practice », op. cit., p. 637 (traduction).

droits de propriété intellectuelle¹²⁴⁹. Cependant, il est difficile de justifier la reconnaissance de la propriété intellectuelle par la Shariah, comme extension du droit de propriété, et de ne pas considérer l'atteinte des droits de propriété intellectuelle comme une extension de l'atteinte des droits de propriété. Gageons alors simplement sur l'absence de précédent dans les Etats du Golfe alors que des actes de contrefaçon ont pu faire l'objet de sanctions séculières¹²⁵⁰.

468. Les sanctions civiles. En plus des sanctions pénales, le dédommagement civil a également été porté à l'intention de la doctrine islamique. Si le Coran et la Sunna ne comprennent aucun texte garantissant l'attribution de dommages-intérêts dans des affaires de propriété intellectuelle, nous pouvons déduire des règles générales des Fiqh islamiques la nécessité d'indemniser un préjudice causé par un acte de contrefaçon. Ainsi les *Hadith* du Prophète Mahomet concernant les bases de la responsabilité civile, sont interprétés par la doctrine islamique comme « *[signifiant] que, tout en s'engageant dans les activités économiques et commerciales, une société ne peut infliger des blessures ou porter atteinte moralement à autrui* »¹²⁵¹.

Conformément à la Shariah, le préjudice doit donc être réparé. Cependant, la doctrine islamique se divise quant à la manière de déterminer le montant et le type d'indemnisation approprié. Si les auteurs s'accordent sur la destruction ou la revendication des biens contrefaisants par le titulaire du brevet, la question de la compensation financière est plus délicate. Ainsi le débat porte sur l'indemnisation de la perte potentielle de revenu¹²⁵². En effet, rappelons que pour fixer les dommages-intérêts, les juridictions européennes et américaines prennent en considération les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner subi par la partie lésée¹²⁵³. Si certains auteurs islamiques reprennent cette méthode de calcul¹²⁵⁴, de nombreux autres débattent en faveur de la compensation du seul dommage réel.

¹²⁴⁹ Idem.

¹²⁵⁰ Idem.

¹²⁵¹ A.-U. FARUQ AHMAD, « Shariah maxims and their implications on modern financial transactions », 6 J. Islamic Econ. Banking And Fin. 75, 2010, p. 96 (traduction).

¹²⁵² S. MUSCATI, « Late payment in Islamic Finance », 6 UCLA J. Islamic & Near E. L.47, 2007, p. 58.

¹²⁵³ J.-C. GRALL et E. LAUR-POUEDRAS : « De la réparation-compensation », La revue des marques, juillet 2009, p. 68.

¹²⁵⁴ S. MUSCATI, « Late payment in Islamic finance », op. cit., p. 58-59.

En effet, la compensation du manque à gagner introduit la notion de probabilité financière qui, comme nous l'avons étudié, est interdite par la Shariah¹²⁵⁵.

III – Les défis actuels des Etats du Golfe

469. La confrontation des Etats du Golfe au *Special 301*. En raison de l'absence de règles et de doctrines suffisamment construites dans le domaine de la propriété intellectuelle, les Etats du Golfe ont promulgué des lois contenant les standards internationaux édictés par l'Accord sur les ADPIC. Néanmoins, ces lois sont relativement laxistes et peinent à être appliquées¹²⁵⁶. Plusieurs pays ont été inscrits sur la liste du *Special 301* comme étant les mauvais élèves de la propriété intellectuelle. Ainsi, le Koweït apparaît sur la liste de 2011 des pays faisant obstacle à l'application d'une protection efficace des droits de propriété intellectuelle : « *ces obstacles incluent l'inadéquation des politiques d'application des lois, l'absence de formation supplémentaire pour les juges comptent en matière de propriété intellectuelle, l'incapacité du pouvoir judiciaire d'imposer des sanctions dissuasives contre les contrevenants et le manque d'autorité des agences de propriété intellectuelle* »¹²⁵⁷.

470. Les raisons culturelles. La première raison invoquée par la doctrine islamique est de prendre en compte le facteur culturel lié à la colonisation des Etats du Golfe. Ainsi, nous relevons un sentiment de plus en plus fréquent dans les pays islamiques qu'une loi basée sur les préceptes religieux représente le principal rempart contre la domination de la culture occidentale, lorsque, comme le rappelle le Professeur Mosad ZINELDIN : « *cette tension a été alimentée par le colonialisme qui a nié les droits et les opportunités de nombreux musulmans et la guerre froide dans laquelle la majorité des pays musulmans étaient trop souvent traités comme des faire-valoir sans égard à leurs aspirations* »¹²⁵⁸. Face à ce sentiment de méfiance, la violation des droits de propriété intellectuelle s'apparente comme

¹²⁵⁵ B.-H. MALKAWI, « The alliance between Islamic law and intellectual property : structure and practice », op. cit., p. 639.

¹²⁵⁶ B.-H. MALKAWI, « The alliance between Islamic law and intellectual property : structure and practice », op. cit., p. 41.

¹²⁵⁷ http://www.ustr.gov/webfm_send/2841 (consulté le 1er juillet 2016) (traduction).

¹²⁵⁸ M. ZINELDIN et V. VASICHEVA, « A new mindset to change the arab/Islamic-Western relations for peace : a political and socio-economic integration perspective », 15 J. Peace, Conflict & Dev. 75, 2010, p. 75. (traduction)

une revanche afin de contrebalancer la domination économique des Etats européens et américains dans la région, alors que, selon le professeur Bashar H. MALKAWI, il est préférable pour les Etats du Golfe que les droits de propriété intellectuelle prennent racines dans les préceptes de la Shariah, au lieu d'être communément perçus comme un phénomène occidental¹²⁵⁹.

Ainsi, nous pouvons rappeler l'engouement croissant de la doctrine islamique pour l'école hanafite selon laquelle le système juridique islamique énonce une définition des droits de propriété complètement différente que celle des Etats occidentaux, et qu'à ce titre, les produits de la connaissance et de l'inventivité appartiennent à tous. Cette école est en effet favorisée par :

- Les relations entre Etats du Golfe basée sur la coopération et le partage des connaissances. Comme l'énonce Frederick PERRY : *« lorsqu'on regarde de plus près la culture arabe, il est important de comprendre la différence entre le comportement individuel et le comportement de groupe, et plus précisément la différence entre l'individualisme et le collectivisme. L'individualisme met en avant l'idée de droits, et notamment de droits individuels, au détriment des obligations. Peu d'américains parlent de leurs obligations. Tous parlent pourtant de leurs droits et passent leur vie à les défendre. Pour un arabe, l'individu est responsable du bien-être et de la prospérité de la communauté. Cette responsabilité n'existe pas qu'à l'égard de la société mais également d'Allah. C'est pour cette raison qu'elle est incontournable »*¹²⁶⁰. Ce facteur culturel nous permet de faire un rapprochement avec la politique des Etats soviétiques basée sur la mise en commun de la connaissance, et qui reconnaissait la protection des droits de la propriété intellectuelle à partir du moment où le droit d'exploitation revenait à l'Etat.
- Un environnement économique favorable à la copie. Bien que les Etats du Golfe en soient une exception, de nombreux pays islamiques d'Afrique et d'Asie connaissent

¹²⁵⁹ B.-H. MALKAWI, « The alliance between Islamic law and intellectual property : structure and practice », op. cit., p. 643 : *« Par conséquent, la violation des droits de propriété intellectuelle pourrait être considérée comme un moyen de venger la conquête occidentale des pays arabes. Il pourrait être utile pour les pays arabes d'utiliser des stratégies qui soulignent que la protection de la propriété intellectuelle remonte aux concepts trouvés dans la Shariah et n'est alors pas communément perçu comme un phénomène occidental. De cette façon, les pays arabes peuvent voir une réduction des violations de la propriété intellectuelle et témoigner d'un plus grand soutien public pour la protection des droits de propriété intellectuelle »* (traduction).

¹²⁶⁰ F.-V. PERRY, « Shari'ah, Islamic Law and Arab Business Ethics », 22 Conn. J. Int'L L.357, 2007, p. 371 (traduction).

un développement économique inférieur au reste du monde : cela se traduit en termes de propriété intellectuelle par un retard en matière de recherche-développement et un nombre de brevets déposés largement inférieur que dans les autres pays. Ainsi, entre 1963 et 2010, ont été enregistrés aux Etats-Unis 390 brevets d'origine saoudienne, 132 d'origine égyptienne, 132 d'origine koweïtية, 72 d'origine émiratie, 20 d'origine syrienne et 22 d'origine jordanienne. A titre de comparaison, dans la même période ont été enregistrés aux Etats-Unis 20.028 brevets d'origine israélienne et 78.400 brevets d'origine sud-coréenne¹²⁶¹. Le même écart se retrouve dans les statistiques de l'office européen des brevets¹²⁶².

471. La confrontation aux interdits de la Shariah. Au facteur culturel s'ajoute bien évidemment le facteur purement religieux puisque les débats internationaux actuels sur l'harmonisation du droit des brevets portent sur des technologies interdites par la Shariah. Si la question de la protection de l'indication géographique des vins et des spiritueux est un exemple particulièrement flagrant de l'implication de la Shariah dans le droit de la propriété intellectuelle, celui du génie génétique nous recentre sur la question plus particulière du droit des brevets.

Malgré les interdictions posées par la Shariah concernant le respect de l'être humain et des éléments de la nature, la doctrine islamique semble devenir plus flexible ces dernières années. Certains auteurs islamiques pensent qu'aucune objection réelle ne justifie l'exclusion de la brevetabilité du génie génétique tant que celui-ci se limite aux éléments de la nature¹²⁶³. De même, certains admettent la possibilité d'utilisation des résultats du génie génétique dans le cadre de traitements médicaux tant que ces traitements ne mènent à aucune forme d'eugénisme¹²⁶⁴. Pour le Professeur MALKAWI, cette solution est inenvisageable : «

¹²⁶¹ http://www.uspto.gov/web/offices/ac/ido/oiep/taf/cst_utl.htm (consulté le 1er juillet 2016).

¹²⁶² <http://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/granted-patents.html> (consulté le 1er juillet 2016).

¹²⁶³ D. ATIGHETCHI, « Islamic bioethics : problems and perspectives », David N. Weisstub et al. Eds., 2007, p. 239 : « le droit musulman n'a aucune objection contre l'utilisation du génie génétique dans l'agriculture et pour les animaux, mais demande une évaluation des risques à long terme pour les humains, les animaux et l'environnement » (traduction).

¹²⁶⁴ M. FADEL, « Islam and the new Genetics », 13 St. Thomas L. Rev. 901, 2001, p. 909 : « le génie génétique a le potentiel d'améliorer la santé des espèces, mais le contre-argument est que, avec le temps, les gens penseraient à utiliser la technologie pour l'amélioration des cosmétiques et non seulement la correction de graves défauts génétiques » (traduction).

l'ingénierie génétique ne doit pas être utilisée pour altérer la conception des êtres humains et leurs responsabilités individuelles, ni interférer avec la structure du génome humain sous prétexte d'améliorer la race humaine. Il est amoral de posséder et de vendre de l'ADN, qui détient les clés de la vie humaine. Toute tentative de modifier les formes de vie est une tentative de changer la création d'Allah »¹²⁶⁵. De nombreux auteurs s'accordent sur ce point, dont le docteur Shahid ATHAR qui nous rappelle que, « en 1998, la Ligue mondiale musulmane a formulé les résolutions suivantes : elle a réaffirmé la résolution précédente interdisant le clonage humain. Elle a permis au génie génétique de prévenir ou de guérir les maladies ou de minimiser leur préjudice, à condition qu'il ne nuise pas tout au long du processus. Elle a également suggéré que le génie génétique ne soit pas appliqué pour atteindre tout ce qui est interdit par la Shariah »¹²⁶⁶.

Bien entendu, l'exception de la protection de l'ordre public et de la morale peut apaiser les tensions existantes dans la doctrine islamique puisque l'Accord sur les ADPIC aide à définir cette dérogation en fournissant une liste non exhaustive des justifications acceptables pour exclure une invention de la brevetabilité. Ces justifications comprennent, comme nous l'avons étudié, la protection de l'être humain, des animaux ou des végétaux, de la santé publique et de l'environnement. Cela est sans compter l'impact du bilatéralisme américain dont l'une des lignes directrices principales est de réduire la flexibilité des standards internationaux concernant les procédés biologiques, les végétaux et les animaux et les variétés végétales.

¹²⁶⁵ B.-H. MALKAWI, « The alliance between Islamic law and intellectual property : structure and practice », op. cit., p. 646 (traduction).

¹²⁶⁶ S. ATHAR, « Enhancement technologies and the person : an Islamic view », 36 J.L. Med. & Ethics 59, 2008, pp. 62-63 (traduction).

Chapitre 2

Une voie de sortie : la renaissance des ordres interétatiques concurrentiels

472. Un système entre cohérence et concurrence. L'intimité existant entre le droit des brevets et le droit au développement a incité les Etats à développer le premier sur le même modèle que le second, par le biais d'accords commerciaux interétatiques, créant ainsi une concurrence entre l'ordre international régi par l'OMC et les ordres juridiques issus des traités régionaux, y compris les traités bilatéraux, sous-régionaux et interrégionaux. Comme l'énoncent Mina MASHAYEKHI, Lakshmi PURI et Taisuke ITO, « *L'interface entre les deux processus a des implications importantes pour le commerce et les perspectives de développement des pays émergents. Ils peuvent être complémentaires et donc faciliter le commerce international et améliorer les perspectives de développement, ou peuvent être divergents et donc compromettre l'effort collectif et national pour utiliser le commerce international comme moteur de croissance et de développement* »¹²⁶⁷. La gestion de cette concurrence entre les différents accords devient un défi à relever afin de s'adapter au système international tout en maximisant les avantages potentiels et en réduisant les inconvénients potentiels.

Pour que cette gestion soit efficace, encore faut-il que la synergie entre les objectifs nationaux de développement et les engagements extérieurs soit importante : « *au cœur de ce défi que doivent relever les pays en développement, on trouve la nécessité de concevoir et de mettre en œuvre par étapes adéquates et selon un rythme approprié un processus de libéralisation aux plans national, régional et multilatéral, de manière à maximiser les gains en termes de développement obtenus grâce à ces processus de libéralisation du commerce et ces engagements en matière de réglementation, en faisant en sorte que les processus régionaux et la libéralisation multilatérale soient complémentaires et cohérents* »¹²⁶⁸. D'une part, le calendrier prend toute son importance afin de permettre un renforcement des droits de propriété intellectuelle en parallèle à la mise en œuvre de politiques nationales de développement. Ce calendrier n'a en effet pas toujours été respecté comme nous l'avons

¹²⁶⁷ CNUCED, « Multilateralism and regionalism : the new interface », UNCTAD/DITC/TNCD/2004/7, 2005, p. 1. (traduction)

¹²⁶⁸ Idem.

étudié avec l'exemple de l'industrie pharmaceutique coréenne¹²⁶⁹. D'autre part, l'application des accords régionaux doit être complémentaire à celle du système international des brevets sinon elle risque de saper les négociations effectuées jusqu'ici. Cette condition présente toute sa complexité dans le fait que l'Accord sur les ADPIC ne présente qu'un minimum de protection que les Etats-membres doivent respecter, sous réserve, soit des éléments de flexibilité permettant d'assouplir les droits, soit de la volonté de certains gouvernements, de renforcer ces droits au maximum. La satisfaction de cette condition se regarde alors selon l'interprétation que nous pouvons avoir du contenu de ces accords.

Le présent chapitre a pour objet de présenter l'impact de cette concurrence sur le système international des brevets, d'une part en mettant en évidence les caractéristiques de la dynamique de création des ordres interétatiques concurrents (section 1), et d'autre part leur contenu favorable ou non au renforcement du droit des brevets (section 2).

Section 1 – Le défi du régionalisme

473. Régionalisme et mondialisation. Le lancement de grandes initiatives régionales dès les années 1990 a fait resurgir le spectre d'une nouvelle division du monde en blocs rivaux, influençant le processus de création du droit des brevets en permettant l'adoption d'accord alors impossible au niveau international. Or, si le régionalisme est initialement apparu comme un système substituable à la mondialisation, les deux sont devenus interdépendants. Il en est alors de même avec les ordres juridiques créés afin de les encadrer. Le régionalisme appelle à la création d'ordres interétatiques propres à chaque région – hormis l'exception de l'ordre supranational créé par l'Union Européenne – dont le contenu influence et est influencé par les règles mises en place par l'OMC. Ces ordres sont établis par divers traités bilatéraux, régionaux, sous régionaux voire interrégionaux. Afin de faciliter leur appellation, nous utiliseront les termes globaux de « traités régionaux ».

La retranscription du régionalisme dans le droit appelle deux questions. D'une part il nous faut comprendre sa dynamique afin d'étudier son impact sur le système international établi par l'OMC (I). D'autre part, il nous faut étudier le contenu des traités régionaux issus de cette dynamique afin de compléter notre état des lieux du droit international des brevets (II).

¹²⁶⁹ Cf n°441.

I – La dynamique des accords régionaux

474. Plan. Etudier l'impact de la dynamique des accords régionaux sur le droit international des brevets nécessite de répondre à deux questions : quels sont les facteurs favorisant son développement (A) et quelle est la place du droit des brevets en son sein (B).

A – Les facteurs d'émergence de blocs commerciaux

475. L'effet de voisinage. Le premier facteur de l'émergence de blocs commerciaux qui ne souffre d'aucune polémique est celui fondé sur la préférence de proximité et les zones d'échanges naturelles¹²⁷⁰, selon lequel le régionalisme est avant tout un phénomène naturel résultant de l'intégration des marchés. En effet, comme le rappelle Kouamé KLEMET-NGUESSAN, « *il est [...] plus facile d'échanger des biens, des services ou des capitaux entre voisins qu'avec des partenaires géographiquement éloignés* »¹²⁷¹.

Les données d'expérience de ces vingt dernières années nous conduisent en effet à associer régionalisme et régionalisation. La polarisation des échanges est une tendance de plus en plus importante de l'évolution du système commercial international qui trouve son explication à la fois dans la géographie économique¹²⁷², et dans les stratégies commerciales des sociétés privées. Ainsi, dans le premier cas, nous constatons un effet de gravité naturelle autour des principaux marchés, proportionnelle à la petitesse des pays attirés et aux distances rapprochées. Cet effet de gravité nécessite alors comme conditions initiales une identité des marchés nationaux une mise en commun des objectifs. Cela se retrouve en effet dans l'exemple de l'Union Européenne qui n'a accueilli les pays d'Europe de l'Est anciennement communistes qu'après les réformes nécessaires à l'obtention d'une économie de marché, et l'intégration des objectifs des institutions régionales dans les politiques nationales. Dans le

¹²⁷⁰ A. JACQUEMIN et A. SAPIR, « Europe post-1992 : internal and external liberalization », the American economic review, 1991, p. 169.

¹²⁷¹ K. KLEMET-NGUESSAN, « la propriété intellectuelle et les négociations commerciales de l'Uruguay Round », thèse de l'Université de Nice-Sophia Antipolis, 1995, p. 446.

¹²⁷² Sur ce sujet : P. KRUGMAN, « Increasing returns and economic geography », Journal of Political Economy, 1991, p. 483.

second cas, nous constatons un processus centripète, « *les firmes multinationales ayant tendance à œuvrer dans leur environnement immédiat et à coller à leurs marchés* »¹²⁷³.

Ces deux explications convergent alors vers la « théorie des archipels » de Pierre VELTZ dont la conclusion est que le régionalisme est en partie une consécration de *jure* de la régionalisation existante *de facto*.

476. La redistribution des rapports de force. Le deuxième facteur de l'émergence de blocs commerciaux prend sa source dans les préoccupations des Etats qui, du fait de la mondialisation des échanges, sentent les rênes de leur économie s'échapper, et réalisent être incapables de peser seuls sur les négociations internationales.

Ce facteur explique en premier lieu l'intérêt des Etats-Unis et de l'Union Européenne pour les traités régionaux qui permettent une exportation de leurs propres règles juridiques en dehors des fora internationaux saturés par la médiatisation des débats et l'intervention des coalitions d'Etats et du *citizen lobby*. Comme nous l'avons étudié¹²⁷⁴, le bilatéralisme – voire une forme de multilatéralisme restreinte – propose une redistribution des rapports de force selon la puissance « behaviorale » des Etats contractants, laissant ainsi un large avantage de négociation aux pays disposant des capacités juridiques et économiques nécessaires pour faire valoir « la carotte et le bâton ». Si le bilatéralisme permet la création d'un ordre interétatique qui est le précurseur de l'ordre international régi par l'OMC, le second se présente la consécration de ce qui a été négocié au sein du premier. Il devient alors la solution privilégiée par les Etats industrialisés lors d'une rupture de négociation au sein des fora internationaux. Cette complémentarité entre les différents ordres juridiques s'explique dans le fait que les négociations échouent au sein de l'un d'entre eux, l'autre prend systématiquement le relais. Ainsi, comme le rappelle Christian DEBLOCK, les Etats-Unis « *ont toujours affiché leur ambition : construire le système commercial international à l'image de leurs propres institutions. Cette ambition a souvent été contrecarrée, ce système est devenu une source constante de frustrations et, au fil des ans le fossé s'est creusé entre ceux qui, comme eux,*

¹²⁷³ C. DEBLOCK, « Régionalisme économique et mondialisation : que nous apprennent les théories ? », CEIM-UQAM, 2005, p. 5.

¹²⁷⁴ Cf. n°105 et s.

veulent faire avancer la bicyclette du GATT/OMC, et ceux qui veulent avancer à leur rythme et au mieux de leurs intérêts »¹²⁷⁵.

Le recours au bilatéralisme permet alors de faire jouer l'effet de crémaillère¹²⁷⁶. Cette stratégie implique « *un déplacement du niveau ou du lieu des négociations, une coordination étroite entre les niveaux multilatéral, régional et bilatéral, et l'inclusion dans un accord international d'un certain nombre de standards minimaux* »¹²⁷⁷. Ainsi, sur la base des standards minimaux prévus par l'Accord sur les ADPIC, l'Union européenne et les Etats-Unis profitent d'un changement de forum afin de prévoir de nouveaux standards supérieurs qui interdiraient aux Etats émergents de revenir à une situation antérieure plus souple. L'avantage de cette stratégie est alors que les pays émergents, qui ont initialement refusé tout accord international ne répondant pas à leur attentes, sont obligés d'accepter les négociations. Le Professeur GUZMAN y voit un cas classique du dilemme du prisonnier, où la coopération entre Etats est préférée aux coûts qu'induirait les sanctions imposées par les Etats industrialisés¹²⁷⁸. Le Professeur GRUBER¹²⁷⁹ préfère y voir un cas de pis-aller, où la ratification de l'accord s'effectue pour des raisons défensives, « *parce que le gagnant a toujours la possibilité de procéder sans lui : plutôt que de rester sur la touche, autant choisir la moins mauvaise des solutions* »¹²⁸⁰.

Ce facteur explique en second lieu l'intérêt des pays émergents pour la polarisation géographique des institutions créatrices de droit, permettant de se présenter sur le marché international avec une taille critique minimum. Le modèle de l'Union Européenne, dont l'institution a imposé aux Etats-Unis une gestion coopérative du monde avec le Japon puisque qu'aucune de ces puissances n'a la possibilité de s'imposer aux deux autres, a ainsi inspiré de nombreux pays émergents. Cette analyse s'applique par exemple au MERCOSUR, créés dans le but de faire entendre la voix des pays sud-américains dans les fora internationaux.

¹²⁷⁵ C. DEBLOCK, « Régionalisme économique et mondialisation : que nous apprennent les théories ? », op. cit., p. 12.

¹²⁷⁶ Sur ce sujet : J. BRAITHWAITE et P. DRAHOS, « Global business regulation », Oxford University Press, 2000.

¹²⁷⁷ C. DEBLOCK, « Régionalisme économique et mondialisation : que nous apprennent les théories ? », op. cit., p. 12.

¹²⁷⁸ A.-T. GUZMAN, « Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them : Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties », Virginia Journal of International Law, 1998, p. 639.

¹²⁷⁹ L.-L. GRUBER, « Power politics and the free trade bandwagon », Comparative Political Studies, vol.34, 2001, p. 703.

¹²⁸⁰ C. DEBLOCK, « Régionalisme économique et mondialisation : que nous apprennent les théories ? », op. cit., p. 12.

En effet, plusieurs arguments leur sont offerts :

- Comme nous l'avons déjà énoncé, les ordres interétatiques liés aux blocs commerciaux sont conçus comme un laboratoire institutionnel¹²⁸¹, où le nombre d'acteurs est plus limité et où les intérêts mis en jeu sont moins concurrencés qu'au niveau international. Le droit se développe donc beaucoup plus facilement dans un cadre local, et permet de donner des exemples pratiques d'intégration en profondeur. Les avancées normatives ouvrent alors la porte à un accord plus général. Nous avons pu étudier un exemple d'expérimentation d'avancée normative grâce à la Communauté Andine, dont la proposition 486 prévoit une définition précise du droit d'accès aux ressources biologiques d'un Etat, qui ouvre les négociations vers une adaptation de ces nouvelles normes aux spécificités économiques des autres Etats, et plus particulièrement des Etats-Unis.
- Ces ordres sont également conçus comme un écran au bilatéralisme agressif des pays industrialisés. Si, comme nous venons de l'étudier, par dilemme du prisonnier ou par effet de pis-aller, les Etats émergents sont dans l'obligation d'accepter de négocier un traité régional qui lui serait défavorable, l'existence d'une convention locale antérieure permet à ces Etats de se prévaloir du respect de leurs engagements internationaux afin de retirer de la table des négociations certains domaines litigieux. La négociation de ces domaines obligerait alors l'intervention des institutions locales ou des Etats signataires des accords bilatéraux ou régionaux qui anéantirait la supériorité économique de l'Etat industrialisé.
- Enfin, ces ordres sont conçus comme le reflet des coalitions en dehors du cadre international. Si les Etats industrialisés ont préféré sortir des fora internationaux afin de ne plus se confronter à l'importance croissante des coalitions d'Etats émergents, ces dernières se retrouvent dans une certaine mesure en dehors du cadre des organisations internationales afin de supplanter le pouvoir de négociation des pays industrialisés.

477. De nouveaux marchés d'exportation du droit. Enfin, le troisième facteur de l'émergence de blocs commerciaux est la volonté des Etats de créer de nouveaux marchés

¹²⁸¹ R.-Z. LAWRENCE, « Emerging regional arrangements: building blocks or stumbling blocks ? », in R. O'BRIEN, « Finance and the international economy », Oxford UP, 1991, pp. 22-35.

d'importation et d'exportation du droit qui ont pour but de mettre sous tension le système commercial international. Afin d'étudier ce facteur, il nous faut distinguer les associations communautaires des associations contractuelles :

- Concernant les associations communautaires, les organisations régionales sont, à l'instar de l'OMC, des demandeurs de droit qui puisent dans les ordres internes des Etats-membres les règles nécessaires à leur fonctionnement. Ce marché est alors convoité d'une part par les pays émergents qui y voient l'opportunité d'exporter des règles de droit qu'ils n'avaient alors pas le pouvoir d'exporter au sein des organisations internationales. Il est d'autre part convoité par les pays industrialisés qui y voit l'opportunité, par le biais de la coopération technique, de développer leur propre rayonnement juridique. Rappelons en effet que si les pays émergents tendent à s'unir, le Japon, l'Union européenne et les Etats-Unis se trouvent encore aujourd'hui dans une logique de concurrence diplomatique où chacun se considère suffisamment influent sur le reste de monde pour ne pas avoir à uniformiser leurs objectifs. Les associations communautaires regroupent alors les accords de partenariat économique et les accords d'intégration prévoyant la création d'institutions supranationales, vers laquelle est transférée une partie de la souveraineté des Etats-membres. Cette voie qui a été favorisée par les Etats d'Europe avec toutes les étapes de création de l'Union Européenne¹²⁸² et l'OEB, a été largement diffusée en Afrique et en Amérique du Sud, avec la création d'une part de l'OAPI et de l'ARIPO, et d'autre part du MERCOSUR et de la Communauté Andine. Le transfert partiel de souveraineté a alors la particularité de coupler le marché politique – soit l'exportation du droit vers les Etats-membres – à un nouveau marché diplomatique, les institutions créées ayant les capacités de représenter les membres au sein des organisations internationales : si nous pouvons postuler que l'Union Européenne a été un tremplin important pour l'exportation des droits français et allemand au sein de l'OMC¹²⁸³, cette logique se retrouve aujourd'hui avec la Communauté Andine au profit du droit péruvien.
- Concernant les associations contractuelles, elles ont l'avantage pour les Etats contractants de conserver leur entière souveraineté. L'absence d'institutions supranationales ne leur permet donc pas de s'introduire directement au sein des

¹²⁸² Rappelons tout de même la particularité de l'Union Européenne qui représente un ordre supranational et non interétatique.

¹²⁸³ Sur ce point, cf. M. MOREAU, « A propos de l'influence internationale du droit français », op. cit., p. 364.

organisations internationales, et se cantonnent donc au seul marché politique dans le but d'inciter les partenaires à adopter la même ligne de conduite au sein des organisations internationales.

B – Le bilan mitigé des négociations au sein des blocs commerciaux.

478. Brevets et concurrence. La réussite des négociations portant sur le droit de la propriété intellectuelle au niveau des blocs commerciaux n'est pas systématique. En effet, lorsque nous décortiquons les traités constitutifs, nous constatons deux questions récurrentes qui influencent beaucoup le bilan du régionalisme.

La première question concerne le libre-échange et la protection de la concurrence. En effet, la création de zone de libre-échange nécessite l'intégration des questions de propriété intellectuelle dans la politique commerciale des Etats-membres comme exception à la libre-concurrence puisque le brevet accorde un monopole d'exploitation à son titulaire. En effet, comme nous le rappelle l'OMPI : *« il existe un lien étroit entre les droits de brevet et la concurrence qui, en termes simples, présente deux caractéristiques. D'une part, les législations relatives aux brevets visent à empêcher la copie ou l'imitation de produits brevetés et complètent ainsi les politiques de concurrence en favorisant un comportement équilibré du marché. D'autre part, les lois relatives à la concurrence peuvent limiter les droits de brevet en empêchant les titulaires de brevet d'abuser de leurs droits »*¹²⁸⁴. L'exemple-type de cette complémentarité est ici illustré au sein du traité de Rome constitutif de l'Union Européenne qui, à défaut de lignes directrices précises, envisage négativement les droits de propriété industrielle en prévoyant dans son article 36 que : *« les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacles aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons [...] de protection de la propriété industrielle ou commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent pas constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les Etats-membres »*.

Cependant, la seule création d'une zone de libre-échange ne peut suffire à elle-seule pour justifier le succès du droit des brevets au niveau régional. En effet, alors même que la création

¹²⁸⁴ www.wipo.int/patent-law/fr/developments/competition.html (consulté le 1er juillet 2016)

d'une zone de libre-échange peut être perçue comme une exception au mode de fonctionnement de l'OMC au regard de certaines de ces règles, à l'instar de la clause de la nation la plus favorisée, le rôle principal de cette organisation décrit au sein de l'Accord de Marrakech reste de réduire les obstacles au libre-échange, et la complémentarité entre les brevets et la concurrence montre un traitement identique au sein des traités internationaux et des traités régionaux. Or, il nous paraît logique de confirmer qu'à ce stade, les difficultés de développement du droit des brevets au sein des organisations internationales sont parfaitement transposables aux organisations régionales dès lors que seule la question du libre-échange est avancée.

479. Exemple : l'Asia Pacific Economic Cooperation. Ces difficultés se sont retrouvées dans le cadre de l'APEC dont les résultats ont pu être qualifiés de « mitigés » par Christian DEBLOCK, considérant qu'il s'agit d'un « *projet qui regroupe beaucoup trop de pays aux intérêts divergents et confronte beaucoup trop de visions différentes de l'intégration [économique] pour pouvoir progresser selon l'agenda établi par les Etats-Unis* »¹²⁸⁵. Ainsi, si la création de l'APEC a permis, concurremment à l'adoption de l'Accord sur les ADPIC, aux Etats-membres d'apporter des modifications substantielles à leurs politiques en matière de droit des brevets¹²⁸⁶, de nombreuses sources de friction sont nées en l'absence de politique d'innovation commune : « *si l'Accord sur les ADPIC a réduit les divergences sur le plan des politiques et supprimé un certain nombre de sources de conflit entre les membres de l'APEC, quelques questions non résolues pourraient devenir de nouveaux éléments de friction. Certains ont trait à l'Accord sur les ADPIC. Un séminaire de l'APEC, tenu à Sydney en 1995,*

¹²⁸⁵C. DEBLOCK, « Les États-Unis et la libéralisation de l'investissement », in M. RIOUX, « Globalisation et pouvoir des entreprises », Athéna Éditions, 2005, p. 123.

¹²⁸⁶Ainsi correspond à cette période :

- La promulgation par le Mexique de la loi de 1991 appliquant les standards de protection requis par l'ALENA ;
- La Mise en œuvre par Taipei d'un nouveau cadre de protection accrue distinct du système de protection chinois ;
- La promulgation par l'Indonésie de la loi sur les brevets de 1991 ;
- La modification par la Corée du système de protection des logiciels par la loi de 1993 ;
- L'abrogation par le Canada des dispositions relatives aux licences obligatoires pour les produits pharmaceutiques, considérées comme non-conforme à l'ALENA.

*a ainsi révélé des différences importantes parmi les membres dans l'interprétation des dispositions relatives aux brevets »*¹²⁸⁷.

480. Exemple : la ZLEA. Il est également reconnu que les négociations de la ZLEA ont souffert de déséquilibres fondamentaux, liés aux énormes disparités tant au niveau économique, social et politique que dans leurs dimension territoire et leur population, entre les trente-quatre pays négociateurs : la création de la ZLEA aurait pu permettre une zone de libre-échange entre des pays de la taille d'un continent, à l'exemple du Canada ou du Brésil, aux plus petites îles des Antilles, ainsi qu'entre les plus grandes économies du monde – Etats-Unis, Canada – et certaines des plus faibles, comme Haïti. Selon Adhemar BAHADIAN et Mauricio CARVALHO LYRIO¹²⁸⁸, l'un des principaux points de conflits, cristallisé autour des Etats-Unis et des pays du MERCOSUR, a porté sur le renforcement des droits des brevets par incorporation dans les débats de nouvelles obligations relatives à la durée des brevets, au caractère confidentiel de l'information et aux licences obligatoires. Ces réglementations étaient en partie destinées à restreindre la production locale de médicaments génériques, en contrepartie d'un libreaccès aux marchés européens. La « carotte », décrite par Jean-Frédéric MORIN, ne s'est pourtant pas révélé suffisante étant donné le refus des Etats-Unis de traiter des politiques antidumping, au prétexte qu'il s'agit d'un thème « global » ne pouvant être étudié que dans le cadre de l'OMC. Or, comme le relève les auteurs brésiliens : *« il suffit d'examiner les barrières imposées à nos exportations de produits sidérurgiques – et récemment jusqu'à nos exportation de crevettes – vers le marché américain pour se rendre compte que l'élimination des tarifs douaniers peut être inutile sans une régulation sérieuse des mesures antidumping »*¹²⁸⁹. Ces facteurs ont été en grande partie à l'origine de l'abandon du projet de création de la zone de libre-échange.

La conclusion que nous pouvons tirer de ces exemples est que la politique de zone de libre-échange n'est plus une contrepartie suffisante au renforcement du droit des brevets. Pour le Professeur Jagdish BHAGWATI, l'intégration des questions de droit des brevets au sein des négociations commerciales est illégitime. L'auteur considère le droit des brevets comme un

¹²⁸⁷ R. HIRSHHORN, « l'investissement étranger direct et les politiques d'encadrement du marché : réduire les frictions dans les politiques axées sur la concurrence et la propriété intellectuelle au sein de l'APEC », Industrie Canada, 1996, p. 55.

¹²⁸⁸ A.-G. BAHADIAN et M. CARVALHO LYRIO, « les négociations commerciales de la ZLEA (ALCA) : une vision de la co-présidence brésilienne », in B. REMICHE et J. KORS, « L'accord sur les ADPIC : dix ans après », Larcier, 2007, p. 505.

¹²⁸⁹ Idem, p. 512.

« cancer » qui ronge le commerce international¹²⁹⁰. Il est vrai que « *traiter le sujet de la propriété intellectuelle dans des accords commerciaux a pour inconvénient d'abandonner l'approche complexe et ample que le sujet a toujours mérité* »¹²⁹¹. Cette approche nécessite en effet une vision plus large que le simple aspect commercial des accords internationaux.

481. Brevet et recherche scientifique. Ainsi, nous pouvons mettre l'accent sur la volonté de créer une politique d'innovation commune à certains blocs commerciaux pour comprendre le succès de l'intégration des droits de propriété intellectuelle au sein des traités régionaux.

D'une part, il s'agit là d'une réelle différence entre les traités régionaux et les traités internationaux, puisque, même si l'Accord sur les ADPIC prévoit une obligation de coopération technique entre Etats-membres et un développement des transferts de technologie, nous avons cependant étudié que l'absence d'encadrement de ces transferts par les organisations internationales ne permettait pas de rendre ces dispositions effectives¹²⁹².

D'autre part, la création d'une politique commune d'innovation permet une meilleure intégration du droit des brevets au sein des Etats-membres des organisations régionales pour deux raisons. La première relève de la protection de l'investissement. Chaque Etat ayant investi en nature ou numéraire dans un projet commun, tous sont donc concernés par la protection du résultat. La seconde relève du transfert de technologie, puisque, les bénéfices du projet commun devant être partagés entre tous les membres de l'organisation régional, le transfert de la technologie ainsi créé est dès lors assuré.

Ce modèle est typiquement celui de l'Union européenne, dans ses prérogatives de pilotage des politiques de recherche européennes telles que définies par le Traité d'Amsterdam. Ce traité inclut en effet un chapitre complet sur la Recherche et le Développement Technologique, qui a pour objet le financement de programmes-cadres européens. Nous pouvons citer l'exemple du programme European Technology Platform SmartGrid¹²⁹³ dont l'objet est de regrouper autour de plus d'une centaine de consortia les acteurs de la production et de la distribution d'énergie afin de moderniser l'ensemble du réseau électrique européen. Au cours de ce

¹²⁹⁰ J. BHAGWATI, « Free Trade Today », Princeton University Press, 2002.

¹²⁹¹ ¹²⁹¹ A.-G. BAHADIAN et M. CARVALHO LYRIO, « les négociations commerciales de la ZLEA (ALCA) : une vision de la co-présidence brésilienne », op. cit., p. 519.

¹²⁹² Cf. n°451 et s.

¹²⁹³ <http://www.smartgrids.eu/> (consulté le 1er juillet 2016)

programme de recherche s'est ainsi posées de nouvelles questions comme la place de l'Etat dans le partage des droits de propriété intellectuelle découlant d'un partenariat public-privé, qui, concernant tous les Etats membres de l'Union Européenne, devra faire l'objet d'une étude commune au niveau régional.

482. Exemple : les consortia américains. A l'opposé, Si nous reprenons l'exemple de l'APEC, nous constatons qu'aucune politique d'innovation n'a été élaborée par les Etats-membres et que les politiques gouvernementales à l'égard des consortia de recherche ont été une source de malentendus¹²⁹⁴ : alors que le Japon et les Etats-Unis ont cherché à développer la pratique des consortia afin d'améliorer le partage des coûts et des risques croissants associés à la mise au point d'un nouveau produit, s'est posée la question de la place des filiales étrangères dans le processus d'innovation. Alors que le Japon a modifié en 1992 sa politique de recherche afin de permettre aux sociétés basées dans un Etats-membres de l'APEC de participer à des projets commandités par le gouvernement¹²⁹⁵, les Etats-Unis continuent de refuser le traitement national dans ce domaine en imposant dans l'*American Technology Preeminence Act* des obligations accrues de rendement et de réciprocité à la participation de sociétés étrangères dans le cadre de consortia financés par des fonds fédéraux¹²⁹⁶. De même, « *l'admissibilité à un traitement favorable en vertu de l'US National Cooperative Research and Production Act est assujettie à des exigences de production intérieure et autres qui doivent être satisfaites par des coentreprises de production* »¹²⁹⁷. Il est dommageable que la politique protectionniste des Etats-Unis aille à l'encontre de l'intégration des sociétés étrangères alors que la technique du consortium est particulièrement propice au transfert de technologie, et que l'absence de transfert ne crée pas un climat propice au développement des droits de propriété intellectuelle.

¹²⁹⁴ R. HIRSHHORN, « l'investissement étranger direct et les politiques d'encadrement du marché : réduire les frictions dans les politiques axées sur la concurrence et la propriété intellectuelle au sein de l'APEC », op. cit., p. 59.

¹²⁹⁵ Idem.

¹²⁹⁶ V. KUMAR et S. MAGUN, « Le rôle des consortiums de R-D dans le développement de la technologie », Industrie Canada, 1994.

¹²⁹⁷ R. HIRSHHORN, « l'investissement étranger direct et les politiques d'encadrement du marché : réduire les frictions dans les politiques axées sur la concurrence et la propriété intellectuelle au sein de l'APEC », op. cit., p. 59.

II – L'impact des accords commerciaux sur l'organisation de l'OMC

483. Une complémentarité faussée. Dans une logique de complémentarité, le développement du bilatéralisme représente aussi bien une voie d'entrée qu'une voie de sortie du système de protection établi par les organisations internationales, et devrait peu à peu permettre le déblocage des négociations au sein des fora internationaux.

Pourtant, selon Josef DREXL, « *l'impact des règles relatives aux droits de propriété intellectuelle sur le fonctionnement du système multilatéral de l'OMC/ADPIC semble particulièrement dévastateur* »¹²⁹⁸. Il ressort en effet de son analyse que, au regard du bilatéralisme agressif des Etats-Unis, l'approche américaine du droit des brevets est devenue, au fil des accords, la norme internationale qui, en toute logique, sera consacrée au sein de l'Accord sur les ADPIC. Cependant, les accords régionaux américains ont ignoré quasi-systématiquement¹²⁹⁹ les questions de développement annexes aux droits de propriété intellectuelle qui sont la source du blocage des négociations au sein de l'OMC. Dans ce cadre tronqué, la multiplication des partenaires commerciaux assure en effet aux Etats-Unis l'exportation de leur régime juridique et assoit sa position au sein de l'OMC mais ne résout aucunement – et au contraire exacerbe – les préoccupations des pays hors d'atteinte des accords « ADPIC plus », qui refusent le renforcement des droits.

Il est dès lors improbable que l'opposition entre le droit des brevets et le droit au développement puisse être résolue par l'élaboration de normes internationales : « *par la pratique des Etats-Unis, l'Accord sur les ADPIC atteint quasiment un point de non-retour, même si les Etats-Unis eux-mêmes ont accepté que les aspects relatifs au développement dans les DPI soient pris en compte dans le contexte de l'Agenda de Doha pour le développement* »¹³⁰⁰.

¹²⁹⁸ J. DREXL, « L'évolution des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) : vers un système multilatéral flexible », in B. REMICHE et J. KORS, « L'accord sur les ADPIC : dix ans après », Larcier, 2007, p. 42.

¹²⁹⁹ Notons que les derniers accords de libre-échange conclus avec la Colombie, le Pérou, le Panama et la Corée en 2012 démontrent une évolution de cette tendance vers la reconnaissance des grandes problématiques de développement.

¹³⁰⁰ J. DREXL, « L'évolution des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) : vers un système multilatéral flexible », op. cit., p. 43.

484. Le découplage de l'agenda de l'OMC. Certains auteurs¹³⁰¹ voient dans l'exacerbation des oppositions au sein des fora internationaux l'opportunité de réformer le processus d'élaboration des règles au sein de l'OMC en procédant à un découplage de son agenda afin de le rendre plus favorable au développement. Deux positions opposent alors les partisans du développement du libre-échange et les développementistes :

- Les partisans du libre-échange prônent un découplage horizontal selon lequel l'OMC recentre son mandat sur les questions traditionnelles d'accès au marché et transfère ses compétences dans les domaines annexes aux organisations internationales spécialisés, comme l'OMPI, le CNUCED et la CDB. Cette position offre un double avantage, notamment pour les pays émergents : *« une plus grande probabilité de voir les bonnes pratiques définies sur la base de la spécialisation des organismes participants, ainsi que, contrairement à ce qui se passe au sein de l'OMC, la non-exigibilité de conformité aux règles ainsi convenues. Ce système prévoit également une plus grande assistance technique aux pays en développement, dans le but de réduire le manque de ressources et de connaissances nécessaires au respect des normes »*¹³⁰². Il s'agit là de la position que nous soutenons puisque nous considérons que l'OMC n'a pas un mode de fonctionnement propice à la résolution des questions de développement. En effet, ces questions ressortant des éléments de flexibilité que nous avons mis en évidence tout au long de notre étude, leur résolution porte directement atteinte à l'existence même des marges nationales de manœuvre. Il est donc nécessaire, afin de conserver la logique de fonctionnement de l'OMC, de transférer ces questions au sein d'autres fora internationaux propices non pas à une dynamique d'harmonisation mais d'uniformisation du droit. Cette position semble d'ailleurs être de plus en plus partagée au sein des pays émergents, puisque le Groupe des Amis du Développement, entraîné par le Brésil et l'Argentine, a déposé au secrétariat de l'OMPI une proposition en ce sens. Cette proposition reconnaît en effet que bien que la flexibilité de l'Accord sur les ADPIC permette le développement de politiques nationales de développement, les disparités économiques et humaines subsistantes nécessitent une prise en compte accrue lors de l'élaboration des règles de protection des brevets. Est ainsi réclamée

¹³⁰¹ M.-F. LENGUEL et G. BOTTINO, « Les pays d'Amérique latine, le système mondial de commerce et le développement : le cas de la propriété intellectuelle », in B. REMICHE et J. KORS, « L'accord sur les ADPIC : dix ans après », Larcier, 2007, p. 95.

¹³⁰² Idem, p. 104.

une réforme significative de la Convention instituant l'OMPI, afin d'adapter son mandat à cette initiative¹³⁰³.

- Les développementalistes prônent quant à eux un découplage vertical selon lequel les questions de développement sont écartées de l'agenda en permettant aux pays en développement de s'écarter des règles en vigueur lorsque leurs besoins le requièrent. L'admissibilité de ces décisions d'opt-out devrait alors être strictement règlementée : *« le renforcement du rôle de suivi et de contrôle de l'OMC garantirait, à son tour, que les décisions d'opt-out soient prises pour des motifs corrects et dans le respect des procédures existantes. L'OMC assumerait également la fonction fondamentale de parvenir à ce que les politiques alternatives qui en résultent soient compatibles »*¹³⁰⁴. Cette solution ne nous semble guère appropriée. En effet, elle peut en quelque sorte être comparée au cycle de Doha dont l'objet a été de créer une nouvelle flexibilité en matière de santé publique. Or rappelons que les négociations relatives au champ d'application de la décision de 2005 ont démontré une forte opposition entre les Etats-Unis qui ont souhaité restreindre l'exception de la santé publique à certains cas particuliers, et les pays émergents souhaitant une exception souple à l'Accord sur les ADPIC. Cette même opposition se retrouvera avec certitude lors des négociations des procédures de vérification des décisions d'opt-out.

Section 2 – Le contenu des accords régionaux : entre ADPIC plus et ADPIC moins

485. Classification des Accords. Il serait erroné de considérer que tous les traités régionaux tendent aux mêmes objectifs. Au contraire, ces traités provoquant une dynamique de désharmonisation autour de blocs de pays, ces derniers vont adapter le degré de protection en fonction de leur besoin, soit en renforçant la protection, soit en mettant en œuvre au niveau régional les flexibilités offertes par l'Accord sur les ADPIC. Ainsi, plusieurs mouvements peuvent être caractérisés :

¹³⁰³ OMPI, « Rencontre intergouvernementale entre les périodes de sessions sur le programme de développement pour l'OMPI », IIM/1/4, 11 au 13 avril 2005.

¹³⁰⁴ M.-F. LENGYEL et G. BOTTINO, « Les pays d'Amérique latine, le système mondial de commerce et le développement : le cas de la propriété intellectuelle », op. cit., p. 106.

- Une première distinction doit être effectuée entre les ADPIC plus et les ADPIC extra. Les premiers se définissent comme les accords dont les dispositions vont au-delà de ce qui est prescrit par l'Accord sur les ADPIC. Selon Jorge KORS, « *ils ne se traduisent pas seulement par des normes spécifiques concrétisées dans les accords bilatéraux souscrits dans la période post-ADPIC, mais ils impliquent également, dans leur ensemble, des directives politiques de négociation, des stratégies de pression et des instruments diplomatiques de types différents employés par les pays développés fin d'obtenir des pays en développement des engagements impliquant l'élargissement des standards de protection des droits intellectuels tels qu'ils furent reconnus dans le cycle d'Uruguay* »¹³⁰⁵. S'ils ont également pour objet le renforcement des droits de propriété intellectuelle, les ADPIC extra se différencient en ce qu'ils se définissent comme des accords dont les dispositions se fondent sur des paramètres nouveaux qui n'ont pas été abordés au sein de l'OMC. De tels engagements n'ont donc pas pour objet de limiter les flexibilités offertes par l'Accord sur les ADPIC, mais d'inclure dans le champ de la brevetabilité de nouveaux objets qui n'étaient pas prévus à l'origine. Ils peuvent par ailleurs prévoir de nouvelles flexibilités encadrant le renforcement des droits.
- Une seconde distinction est également effectuée entre les ADPIC plus et les ADPIC minimum. Ces derniers, au lieu de prévoir un renforcement des droits, incitent les Etats-membres à reconnaître les minima de protection prescrits par l'Accord sur les ADPIC. Ce type d'accord est particulièrement fréquent lorsque l'Etat concerné n'est pas membre de l'OMC. Il est également fréquemment utilisé par l'Union européenne et ses Etats-membres qui profitent de l'effet de ricochet du bilatéralisme américain et se libère ainsi d'un point de négociation qui nécessiterait certaines compensations dans d'autres domaines, comme l'agriculture et les lois antidumping, tout en restant compétitifs face à la concurrence outre-Atlantique. Notons tout de même l'avis de certains auteurs selon lesquels le « *prétexte est fallacieux mais malheureusement trop souvent utilisé par ceux que Michel VIVANT appelle les 'bolcheviques du marché'*, »

¹³⁰⁵ J. KORS, « L'évolution de l'Accord ADPIC : vers un multilatéralisme flexible », in B. REMICHE et J. KORS, « L'accord sur les ADPIC : dix ans après », Larcier, 2007, p. 55.

*dont la ligne de conduite se résume en ces termes : nous vivons dans un marché mondial, c'est le marché qui décide »*¹³⁰⁶.

- Enfin, une troisième distinction doit être effectuée entre les ADPIC plus et les ADPIC moins. Ces derniers se définissent comme les accords qui mettent en œuvre les éléments de flexibilité offerts par l'Accord sur les ADPIC, afin de répondre au mieux aux besoins des pays émergents concernant les problématiques de développement. Ils s'opposent ainsi directement aux accords ADPIC plus en recherchant non pas un renforcement mais un assouplissement du droit international des brevets. La difficulté de leur mise en œuvre réside alors dans l'impossibilité d'introduire des normes de protection inférieures aux standards imposés par l'OMC, sous peine d'une plainte devant l'ORD. Nous nous intéressons donc plus précisément à cette distinction, en étudiant la dynamique des accords APIC plus d'une part (I), et celle des accords ADPIC moins d'autre part (II).

I – Les accords ADPIC plus

486. Entre bilatéralisme américain et bilatéralisme européen. Parce qu'il est certainement le plus développé, autant au regard du nombre de traités que de leur contenu, nous nous intéressons davantage au bilatéralisme américain qu'au bilatéralisme européen. Il est vrai que ce dernier prend une forme relativement simple qui ne semble pas appeler de commentaire. Pourtant, l'analyse des accords régionaux de l'Union européenne fait face à un certain degré de complexité dès lors l'Union européenne a développé différents modèles en fonction des objectifs d'intégration qu'elle poursuit¹³⁰⁷. Il nous faut alors distinguer deux catégories d'accords :

- D'une part, les accords préparant la future adhésion de la partie contractante à l'Union, ou au moins son intégration dans l'espace économique européen, prévoient des obligations précises en matière de brevet afin que le système de protection soit conforme aux directives communautaires. C'est ainsi que l'annexe 8 de la Décision n°1/1995 sur l'union douanière avec la Turquie et l'article 50 de l'Accord de

¹³⁰⁶ B. REMICHE, « L'Accord sur les ADPIC, un accord de libre-échange ou d'intégration forcée ? », in B. REMICHE et J. KORS, « L'accord sur les ADPIC : dix ans après », op. cit., p. 534.

¹³⁰⁷ J. DREXL, « L'évolution des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce : vers un système multilatéral flexible », op. cit., p. 28.

coopération de 1998 avec l'Ukraine précisent que ces pays doit adopter un niveau de protection des brevets équivalents à celui des Etats-membres.

- D'autre part, les accords de libre-échange conclus avec des pays non destinés à intégrer l'Union européenne ne prévoient pour la grande majorité que des obligations générales de mise en conformité avec les standards internationaux. L'article 168 de l'accord de 2002 conclu avec le Chili en est un bon exemple, l'Etat partenaire devant assurer « *une protection adéquate et efficace des droits de propriété intellectuelle selon les normes internationales plus importantes, parmi lesquelles des moyens efficaces pour faire valoir les droits prévus dans les traités internationaux* ».

Cependant, si l'Union Européenne n'oblige pas ces Etats à élever le niveau de protection des brevets au-delà des dispositions de l'Accord sur les ADPIC, David VAVER et Shamnad BASHEER y voient la subtilité d'une politique discrète : « *on laisse aux Etats-Unis le soin de dresser les frontières des brevets dans les accords de libre-échange, pratique considérée comme faisant partie de sa stratégie générale d'augmentation des niveaux mondiaux de protection de la propriété intellectuelle... Les Etats-Unis pourraient négocier les accords de libre-échange nationaux et régionaux de façon bilatérale, mais ces accords profitent aussi à l'Europe, ainsi qu'aux firmes étrangères basées en Europe* »¹³⁰⁸. De ce fait, au lieu d'opposer les stratégies de négociation de l'Union européenne et des Etats-Unis, il y a lieu de les unifier dès lors que, par effet de ricochet, l'une profite indirectement à l'autre.

487. Domaines négociés. Si nous nous intéressons de plus près aux traités régionaux américains, nous constaterons une multitude de domaines dans lesquels les Etats-Unis sont intervenus. Pour la plupart d'entre eux, nous renvoyons à l'étude menée par Jean-Frédéric MORIN¹³⁰⁹ qui tient compte des traités conclus jusqu'en 2004, étant donné que l'étude des traités postérieurs ne démontrent pas de changement particulier de politique. Nous nous intéresserons donc aux domaines qui renvoient directement aux exemples de nous avons étudiés tout au long de notre étude : les conditions de brevetabilité (A) et les licences obligatoires (B).

¹³⁰⁸D. VAVER et S. BASHEER, « Overdose de médicaments brevetés : l'Europe dans un TRIPS depuis dix ans », in B. REMICHE et J. KORS, « L'accord sur les ADPIC : dix ans après », op. cit., p. 148.

¹³⁰⁹J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit.

A – Le renforcement des conditions de brevetabilité

488. Plan. La grande majorité des traités bilatéraux américains prévoit un renforcement du droit matériel des brevets et des conditions de brevetabilité. Ces précisions portent notamment sur la définition de l'invention (1), les exclusions de brevetabilité (2) et les conditions de brevetabilité (3)

1 – Une nouvelle définition de l'invention

489. L'approche américaine de l'invention. Si la majeure partie des traités régionaux prévoient, comme l'Accord sur les ADPIC, qu'un brevet pourra être obtenu pour toute invention, peu définissent ce terme. Tout au plus pouvons-nous constater que la plupart des législations nationales distinguent l'invention de la découverte, et que certains traités régionaux excluent explicitement les découvertes du domaine de brevetabilité¹³¹⁰.

Les Etats-Unis ont une approche englobante de la définition de l'invention et selon la loi américaine, la distinction entre les deux notions n'est pas claire. En effet, comme nous l'avons étudié auparavant, la définition américaine de l'invention se base non pas sur son caractère technique mais sur l'intervention de l'homme dans le processus inventif. Le domaine de brevetabilité étant plus large, il est intéressant pour les Etats-Unis que « *les pays signataires de traités bilatéraux avec les Etats-Unis doivent eux aussi, dans une certaine mesure, arriver à un pareil résultat* »¹³¹¹. Deux domaines de brevetabilités sont ainsi concernés :

- Concernant les biotechnologies, rappelons que certains pays émergents se basent sur la distinction entre l'invention et la découverte afin de rejeter les négociations des dispositions de l'article 27.3 de l'Accord sur les ADPIC : « *en stipulant que les microorganismes [...] doivent être obligatoirement brevetés, les dispositions de l'article 27.3 enfreignent les principes fondamentaux sur lesquels reposent les lois sur les brevets, à savoir que les substances et les procédés qui existent dans la nature sont*

¹³¹⁰ Ainsi en est-il des accords conclus entre les Etats-Unis et le Cambodge, le Chili, le Costa Rica, El Salvador, la Jordanie, la Lettonie, la Lituanie, le Maroc, le Nicaragua, le Paraguay, le Pérou, Trinidad-et-Tobago ou encore le Vietnam.

¹³¹¹ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit., p. 352.

*des découvertes et non des inventions et, partant, qu'ils ne sont pas brevetables »*¹³¹².

Or, comme nous le prouve l'approche américaine, ni la définition de la découverte englobant les organismes vivants, ni l'exclusion des découvertes de la brevetabilité ne paraissent évidents.

- Concernant les technologies informatiques, les Etats-Unis se distinguent des Etats européens en ce qu'ils n'excluent pas la brevetabilité des logiciels et des formules mathématiques. L'influence du droit européen dans les législations des pays émergents a cependant mis en avant une définition négative de l'invention qui limite le domaine de brevetabilité que les Etats-Unis doivent remanier afin de bénéficier d'une définition qui leur soit plus avantageuse. Ainsi, les autorisations des exclusions deviennent limitées et ne prennent pas explicitement en compte les découvertes. Nous en trouvons l'exemple dans le traité de libre-échange conclu entre les Etats-Unis et le Maroc le 15 juin 2004, selon lequel « *chacune des parties ne pourra exclure de la brevetabilité que les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur son territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, etc.* »¹³¹³.

490. Exemple : l'accord US-Jordanie. Malgré ces considérations, peu de traités régionaux ratifiés par les Etats-Unis abordent directement la notion d'invention. L'accord conclu avec la Jordanie en est alors le tout premier, et pour l'instant l'unique, exemple en précisant explicitement la suppression de l'exclusion des produits pharmaceutiques et des logiciels : « *l'ALE stipule des protections pour les marques, les droits d'auteur et les brevets, et traite spécifiquement la protection des logiciels et des produits pharmaceutiques, deux catégories de produits particulièrement sujets à la piraterie* »¹³¹⁴. Si l'exclusion n'apparaît pas spécifiquement dans le texte même de l'accord¹³¹⁵, nous la retrouvons à l'article 5 du Mémoire d'Entendement du 24 octobre 2000, selon lequel les exclusions prévues par la loi jordanienne « *n'inclut pas de méthodes telles que les méthodes commerciales ou les inventions informatiques* ». Si les logiciels doivent encore répondre aux traditionnelles

¹³¹² OMC, « Communication du Kenya au nom du Groupe africain » IP/C/W/163, 8 novembre 1999, §10.

¹³¹³ Article 15.9.1 de l'Accord de libre-échange US-Maroc de 2006.

¹³¹⁴ J. RUEBNER, « Us-Jordan free trade agreement », CRS Report for Congress, 2001, p. 12 (traduction).

¹³¹⁵ L'article 4.18 de l'Accord prévoit alors que : « *chaque partie pourra exclure de la brevetabilité : (a) les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire... (b) les méthodes diagnostics, thérapeutiques et chirurgicales...* ».

conditions de brevetabilité, le principal obstacle à leur brevetabilité a été supprimé, incitant la Jordanie à suivre la même voie que les Etats-Unis¹³¹⁶.

491. Exemple : l'accord US-Pérou. Un autre exemple d'Accord peut également être cité bien qu'il n'ait pas abouti. En 1997, les Etats-Unis ont conclu avec le Pérou un *Memorandum of Understanding* disposant que les microorganismes, les programmes informatiques et les logiciels doivent être considérés comme des inventions brevetables par le droit péruvien. Cependant, si le *Memorandum of Understanding* conclu avec la Jordanie entrerait dans le *negocium* d'un accord bilatéral, bénéficiant ainsi du statut de traité international par accessoire, celui conclu avec le Pérou n'est resté qu'un acte concerté non conventionnel n'engageant pas le pays sur le plan du droit international mais simplement sur l'honneur de son gouvernement. Ces points n'ont donc pas été repris lors de la négociation du traité bilatéral en 2006 et n'ont pas empêché le gouvernement péruvien de promulguer en 2009 la loi n°29316 qui modifie diverses dispositions en vue de l'application de l'accord pour la promotion du commerce signé entre le Pérou et les Etats-Unis, dont l'article 8 prévoit que :

« Ne sont pas considérées comme des inventions les catégories suivantes :

- Les découvertes, les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ;
- Tout être vivant et tout ce qui existe dans la nature, en tout ou partie ;
- Le matériel biologique existant dans la nature, en tout ou partie ;
- Les processus biologiques naturels ;
- Les œuvres littéraires ou artistiques, ou protégées par le droit d'auteur ;
- Les plans, principes et méthodes issus de l'exercice d'activités mentales, jeux ou activités économique-commerciales ;
- Les programmes d'ordinateur et les logiciels informatiques comme tels ;
- Les moyens de présentation d'informations ».

¹³¹⁶ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit., p. 353.

2 – La question de la brevetabilité du vivant

492. Observations générales. L'Accord sur les ADPIC prévoit à l'article 27 trois grandes catégories de processus créatifs qui, s'ils répondent à la définition de l'invention, sont exclus de la brevetabilité. L'exclusion des inventions contraires à l'ordre public et à la moralité se retrouve dans la totalité des traités régionaux. L'exclusion des méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales n'existe théoriquement pas aux Etats-Unis, bien qu'aucun recours ne puisse être formé en cas de contrefaçon par un médecin dans l'exercice de ses fonctions. Il est alors intéressant que la plupart des Etats partenaires des Etats-Unis, qui ont subi le rayonnement juridique de l'Union Européenne ont négocié cette disposition au sein des traités régionaux, soit en reprenant les termes de l'Accord sur les ADPIC, soit en négociant une disposition à portée plus large telle que des inventions « *nécessaires à la protection de la vie et de la santé humaines, animales et des plantes* »¹³¹⁷.

Par contre, la troisième exclusion relative aux végétaux et aux animaux, qui est l'une des principales controverses au sein des fora internationaux, fait ici l'objet de modifications sensibles. La révision de l'article 27.3 n'ayant jamais abouti et les fora internationaux ayant atteint leur point de rupture dans les négociations, la création d'un nouvel ordre juridique interétatique représente alors « *pour les Etats-Unis l'occasion à la fois de sortir des débats sclérosés de l'OMC et de préparer les négociations du SPLT à l'OMPI* »¹³¹⁸.

493. Les animaux et les végétaux. L'exclusion des végétaux et des animaux suit une rupture entre les différents règnes biologiques, « *en commençant par celui qui semble le plus éloigné de l'humain, c'est-à-dire le règne des microorganismes, avant de s'étendre au règne végétal et, enfin, au règne animal* »¹³¹⁹. Nous pouvons alors diviser les traités en trois catégories :

- Une première tendance a consisté à reprendre des obligations équivalentes à celles de l'Accord sur les ADPIC, soit en recopiant textuellement le texte de l'Accord¹³²⁰, soit

¹³¹⁷ Article 9.15 de l'Accord US-Maroc de 2006.

¹³¹⁸ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit., p. 382.

¹³¹⁹ Idem, p. 390.

¹³²⁰ Article 6.1 du Memorandum of Understanding du traité US-Trinidad-et-Tobago de 1994.

en faisant simplement mention de l'Accord dans ses dispositions introductives¹³²¹. Ces traités régionaux se regroupent autour de la période 1995-2000 durant laquelle la révision de l'article 27.3 de l'Accord sur les ADPIC était encore en cours de négociation et ne présentait donc pas d'intérêt particulier à être traité au niveau bilatéral.

- Une deuxième catégorie de traités régionaux regroupe les traités conclus par exemple avec les pays d'Amérique centrale. Ces traités prévoient alors des normes situées à mi-chemin entre les dispositions de l'Accord sur les ADPIC et les dispositions américaines. Cela prend alors la forme d'un encouragement, sans forcément imposer la brevetabilité des végétaux et animaux. Ainsi l'article 15.9.2 du traité CAFTA-DR (Amérique centrale) prévoit que « *toute partie qui ne dispose pas de protection des plantes à la date d'entrée en vigueur du présent traité devra entreprendre tous les efforts raisonnables afin de disposer d'une véritable protection par le brevet* » (traduction). L'article 17.9.2 du traité US-Chili prévoit une disposition similaire, bien que soumise à un délai déterminé : « *chacune des Parties s'efforcera, au travers d'un processus transparent et participatif, de développer et de proposer une législation dans les quatre années suivant l'entrée en vigueur du présent accord en rendant accessible la protection par brevet de végétaux nouveaux qui impliquent une activité inventive et qui soient susceptible d'application industrielle* ». D'une part, ces traités ne concernent que le règne végétal et restent silencieux sur le règne animal. D'autre part, les dispositions que nous avons citées sont généralement assorties d'un mécanisme de cliquet empêchant tout retour en arrière. Ainsi, l'article 15.9.2 du traité CAFTA-DR continue avec les termes suivants : « *toute partie qui dispose d'une protection des plantes et des animaux par le brevet à la date d'entrée en vigueur du présent traité devra maintenir une telle protection* » (traduction).
- Enfin, certains traités bilatéraux imposent explicitement la brevetabilité des végétaux, et/ou des animaux. La majeure partie de ces traités s'explique par le fait que l'Etat partenaire des Etats-Unis disposait d'une législation déjà très ouverte sur la brevetabilité du vivant, d'où la présence d'un certain degré de flexibilité entre chaque disposition étudiée. Ainsi le traité US-Lettonie¹³²² et le traité US-Bahreïn¹³²³ imposent

¹³²¹ A l'exemple des traités conclus avec le Cambodge, la Jordanie ou le Laos.

¹³²² Art 6.1 du traité US-Lettonie de 1995.

¹³²³ Art.14.8.2 du traité US-Bahreïn de 2006.

la brevetabilité des végétaux tout en autorisant l'exclusion de brevetabilité des animaux. Le traité US-Vietnam¹³²⁴ et le traité US-Lituanie¹³²⁵ imposent la brevetabilité des végétaux en la distinguant des variétés végétales. Les accords conclus avec le Maroc¹³²⁶, Singapour¹³²⁷ et l'Australie¹³²⁸ imposent la brevetabilité des végétaux et des animaux. A ce titre, le Maroc est véritablement le premier pays émergent à s'être engagé sur la question au niveau international.

- D'autres accords de libre-échange, à l'instar de celui conclu avec la Corée en 2012, font cependant guise d'exception en prévoyant la possibilité pour l'Etat partenaire d'exclure les plantes et les animaux de la brevetabilité au motif du respect de l'ordre public et de la moralité : *« chaque partie peut exclure de la brevetabilité uniquement les objets suivants : (a) les inventions dont l'interdiction de l'exploitation commerciale sur son territoire est nécessaire afin de préserver l'ordre public et la moralité, ce qui inclut la protection des êtres humains, des animaux et des plantes »*¹³²⁹.

3 – Des précisions sur les conditions de brevetabilité

494. La nouveauté : le régime transitoire. Si les traités multilatéraux fixent trois conditions de brevetabilité, ces dernières souffrent d'une absence de définition qui permet à chaque Etat de disposer d'une certaine flexibilité que les Etats-Unis ont tenté de contenir grâce aux traités régionaux. Certes, ces propos doivent être nuancés puisque dans de nombreux traités, ces conditions ne sont définies que par des synonymes peu explicites. Pourtant d'autres traités franchissent une étape précisant les contours de ces définitions. Nous remarquons ainsi un assouplissement de la condition de nouveauté qui, sans imposer de définition précise, met en exergue des cas particuliers où cette condition est interprétée de manière favorable aux Etats-Unis.

Ainsi, certaines dispositions prévoient la mise en place d'un régime transitoire durant lequel peut être considérée comme nouvelle une invention qui en réalité ne le serait pas. Ainsi, l'article 18.2 du traité US-Laos, l'article 6.5 du Traité US-Lettonie, l'article 18.5 du traité US-

¹³²⁴ Art. 7.2 du traité US-Vietnam de 2007.

¹³²⁵ Art. 7.1 du traité US-Lettonie de 1994.

¹³²⁶ 15.9.2 du traité US-Maroc de 2006.

¹³²⁷ Art. 16.7 du traité US-Singapour de 2004.

¹³²⁸ 17.9.2 du traité US-Australie de 2005.

¹³²⁹ Art. 18.11 du traité US-Corée de 2012 (traduction).

Cambodge et l'article 7.3 du traité US-Nicaragua, disposent que les Etats partenaires des Etats-Unis doivent protéger des inventions qui ont été brevetées aux Etats-Unis plusieurs années avant la conclusion du traité : « *Si, au cours des 17 années avant l'entrée en vigueur du présent traité, une partie ne disposait pas de la protection par brevet pour les produits soumis à une période d'examen réglementaire, avant son exploitation commerciale ou son utilisation conforme à l'article 1, cette partie fournira à l'inventeur ou son ayant-droit les moyens d'obtenir une protection par brevet du produit ou une protection équivalente pour ce produit pour la durée restant à expirer à compter de la date de dépôt aux Etats-Unis* »¹³³⁰. Autrement dit, les partenaires commerciaux des Etats-Unis ont l'obligation de protéger des inventions dont la demande de brevet aurait été rejetée à la date de dépôt aux Etats-Unis – par application d'une flexibilité quelconque accordée à ces Etats pour réduire le champ de brevetabilité – et qui, à la date d'entrée en vigueur du traité, serait encore rejetée puisque la divulgation causée par le dépôt du brevet aux Etats-Unis ne permet pas de satisfaire la condition de nouveauté absolue. Cette pratique n'est pas nouvelle puisque, comme nous l'avons étudié, les Etats-Unis avaient déjà négocié avec la Corée du Sud l'extension des brevets pharmaceutiques déposés sur le territoire américain entre 1980 et 1987¹³³¹. Deux considérations sont alors à prendre en compte :

- D'une part ces dispositions vont bien au-delà du simple délai de priorité existant chez tous les pays-membres de la Convention de l'Union de Paris. Effectivement, alors que l'article 4 de la Convention internationale dispose que « *celui qui aura régulièrement fait le dépôt d'une demande de brevet d'invention, d'un modèle d'utilité, d'un dessin ou modèle industriel, d'une marque de fabrique ou de commerce, dans l'un des pays de l'Union, ou son ayant cause, jouira, pour effectuer le dépôt dans les autres pays, d'un droit de priorité [...] de douze mois pour les brevets d'invention et les modèles d'utilité, et de six mois pour les dessins ou modèles industriels ou pour les marques de commerce ou de fabrique* », le traité US-Laos prévoit une période d'extension de dix-sept ans antérieurs à sa date d'entrée en vigueur.
- D'autre part, il ne s'agit pas d'une protection rétroactive puisque les droits ainsi étendus ne suffisent pas pour s'opposer à l'utilisation des inventions avant l'entrée en vigueur des traités. Il s'agit plutôt de jouer avec le principe de territorialité des droits

¹³³⁰ Article 18.2 du traité US-Cambodge de 1996 (traduction).

¹³³¹ Cf. n°444.

de brevets par une forme d'extension à l'étranger. Ainsi, comme le rappelle Jean-Frédéric MORIN, « *il n'en demeure pas moins que cette disposition est particulièrement révélatrice de l'orientation des traités bilatéraux. Non seulement le droit américain des brevets est-il exporté, mais la protection conférée à certaines inventions l'est également* »¹³³².

495. La nouveauté : la nouvelle application d'une substance déjà connue. Autre considération sur la condition de nouveauté, la brevetabilité de la nouvelle application d'une substance déjà connue a donné lieu à une flexibilité chère à certains pays émergents, dont l'Inde et le Chili, désireux de préserver un accès facilité aux produits pharmaceutiques. L'ambiguïté de savoir si la condition de nouveauté porte sur le produit ou son utilisation est, en effet, née du silence de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC qui a pu être interprété par la Cour de justice de la communauté andine¹³³³ comme une liberté d'exclure les nouvelles utilisations de la brevetabilité. Cette approche n'est bien entendu pas partagée par les Etats-Unis pour qui « *le terme « procédé » signifie tout procédé, technique, méthode, et inclut tout nouvelle utilisation d'un procédé connu, machine, composition de matière ou matériel* »¹³³⁴. Il faudra attendre 2004 – date à laquelle la période de transition concernant les brevets pharmaceutiques a pris fin pour la plupart des Etats-membres de l'OMC – pour voir apparaître les premiers traités bilatéraux négociés par les Etats-Unis clarifiant cette question. Une première tentative était en effet apparue en 2001 dans le traité US-Jordanie qui ne prévoyait pas directement la brevetabilité des nouvelles utilisations de substances connues, mais prévoyait des mesures concernant certains produits réglementés comme les entités chimiques nouvelles, étant « *entendu que la protection des entités chimiques nouvelles couvre aussi la protection des nouvelles utilisations d'entités chimiques anciennes pendant une période de trois ans* »¹³³⁵.

Les traités conclus avec le Maroc et le Bahreïn en 2006 sont alors beaucoup plus précis. Le premier prévoit à l'article 15.9.2 que « *les Parties confirment qu'elles mettront à disposition*

¹³³² J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit., p. 360.

¹³³³ http://www.iccwbo.org/home/intellectual_property/current_emerging/preface.asp (consulté le 1er juillet 2016).

¹³³⁴ 35 USC 100 (traduction).

¹³³⁵ Note sous l'article 22 du Traité US-Jordanie du 24 octobre 2000.

les brevets pour toute nouvelle utilisation ou tout nouveau mode d'emploi d'un produit connu, incluant les nouvelles utilisations de produits connus pour le traitement des humains et des animaux », et le second prévoit à l'article 14.18.2 que « *les parties confirment que les brevets peuvent être accordés pour toute nouvelle utilisation ou méthode d'utilisation d'un produit connu, y compris les produits utilisés pour des conditions médicales particulières, sous réserve des exclusions prévues à l'article 14.8.1 et des conditions de brevetabilité* » (traduction).

496. L'approche américaine de l'utilité. Au-delà des considérations que nous venons d'évoquer, les conditions de nouveauté et d'activité inventive n'ont pas fait l'objet de définitions plus poussées au sein des traités régionaux. Il n'en est pas de même avec la condition d'application industrielle qui a été précisée dans de nombreux traités bilatéraux conclus avec l'Amérique centrale, le Maroc ou l'Australie. Ainsi, l'article 15.9.11 du traité US-Maroc : « *Chacune des Parties prévoira qu'une invention revendiquée [...] revêt une application industrielle lorsqu'elle présente une utilité déterminée, probante et crédible* »¹³³⁶. Cette définition est en effet tirée des *Utility Examination Guidelines* qui, comme nous l'avons étudié¹³³⁷, doit être interprétée à la lumière des négociations sur le projet SPLT visant à harmoniser la définition des conditions de brevetabilité. Parmi les options visées lors de ces négociations, la première repose sur la vision européenne de l'application industrielle, la seconde s'inspire de l'article 33(4) du PCT, et la troisième reprend les termes des directives américaines. Cette troisième option est cependant très spécifique au système américain, la grande majorité des législations nationales ayant repris le modèle européen. Le bilatéralisme prend alors ici toute son ampleur puisque « *ainsi, en exportant leur propre définition dans un traité bilatéral, les Etats-Unis s'assurent la collaboration d'un minimum de pays alliés dans leurs négociations multilatérales à l'OMPI* »¹³³⁸.

¹³³⁶ Cette disposition se retrouve également dans les accords les plus récents : Panama (15.9) Colombie (16.9) et Corée (18.8) de 2012.

¹³³⁷ Cf. n°222.

¹³³⁸ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit., p. 365.

B – La restriction des exceptions : l'exemple des licences obligatoires.

497. Le motif d'octroi des licences obligatoires. Les licences obligatoires ont depuis longtemps fait l'objet de vives discussions au sein des fora internationaux. Dès 1980, lors de la révision de la Convention de l'Union de Paris, une dichotomie s'était opérée entre la majorité des pays développés souhaitant une limitation des motifs d'octroi des licences obligatoires, et les pays émergents souhaitant un désencadrement des flexibilités qui leurs étaient offertes¹³³⁹. La révision fut alors un échec et encore aujourd'hui la Convention prévoit que « *Chacun des pays de l'Union aura la faculté de prendre des mesures législatives prévoyant la concession de licences obligatoires, pour prévenir les abus qui pourraient résulter de l'exercice du droit exclusif conféré par le brevet, par exemple faute d'exploitation* »¹³⁴⁰.

La réorientation des débats vers l'OMC n'eut alors pas plus de succès, les mêmes affrontements ayant ressurgis lors de la négociation de l'Accord sur les ADPIC. Pire que cela, la solution finalement envisagée ressort dans les articles 30 et 31 prévoyant un régime général pour toutes les utilisations sans autorisation du détenteur du droit. Cette solution a alors eu pour effet d'affaiblir le pouvoir de négociation des Etats-Unis dans le marché diplomatique de l'OMC. En effet, « *le droit américain est plus permissif à propos des utilisations par les pouvoirs publics que pour les licences obligatoires octroyées à des tiers privés. Pour préserver la liberté des pouvoirs publics d'utiliser des inventions brevetées en toutes circonstances, ils acceptèrent de ne pas limiter les licences obligatoires à des motifs ou des circonstances spécifiques* »¹³⁴¹. L'absence d'encadrement dans les motifs d'octroi des licences obligatoires ne correspond alors pas à la vision américaine du droit des brevets, promue par Lois BOLAND de l'office américain des brevets : « *le fait que la position américaine ne soit pas reprise dans l'Accord sur les ADPIC, dans le contexte multilatéral, est pleinement reconnu. Dans nos discussions bilatérales, nous continuons à considérer l'Accord sur les ADPIC comme un accord qui établit des normes minimales de protection et, dans certaines*

¹³³⁹ J.-H. REICHMAN, « Non-voluntary licensing of patented inventions historical perspective, legal framework under TRIPs and overview of the practice in Canada and the USA », ICTSD et UNCTAD, juin 2003, p. 12.

¹³⁴⁰ Article 5 de la Convention de l'Union de Paris.

¹³⁴¹ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit., p. 444.

*situations, nous pouvons, et souvent, demander des engagements qui vont au-delà de ceux qui y sont constatés »*¹³⁴²

Ainsi, plusieurs traités bilatéraux signés entre 1994 et 2001 visent à rétablir des limites dans les motifs d'octroi des licences que nous pouvons classer en trois catégories :

- A l'instar des traités conclus avec certains pays d'Amérique centrale et d'Asie du Sud-est, certaines dispositions bilatérales tendent à interdire purement et simplement certains motifs d'octroi. Nous pouvons retrouver ce type de dispositions dans les traités conclus avec la Cambodge¹³⁴³, la Jamaïque¹³⁴⁴, Trinidad-et-Tobago¹³⁴⁵ ou le Vietnam¹³⁴⁶, interdisant l'octroi d'une licence obligatoire pour l'utilisation d'un second brevet, sauf en cas de pratiques anticoncurrentielles : *« les parties ne devront pas autoriser l'utilisation d'une invention brevetée pour permettre l'exploitation d'un autre brevet, sauf en cas de violation de la législation nationale sur les pratiques anticoncurrentielles »*¹³⁴⁷. Nous les retrouvons également dans les traités conclus avec Singapour et l'Australie, interdisant l'octroi de licences obligatoires au motif que l'invention n'est pas exploitée¹³⁴⁸. Ces restrictions correspondent au droit américain qui, à l'opposé des Etats influencés par le droit européen, n'impose pas l'exploitation de l'invention sur son territoire¹³⁴⁹. Selon Jean-Frédéric MORIN, *« depuis longtemps, ils tentèrent sans succès de convaincre les membres de l'OMPI et de l'OMC de supprimer cette obligation de leur droit national. Ils n'y sont parvenus que par le biais du bilatéralisme. Dès lors, l'Australie devrait supprimer de sa loi sur les brevets la possibilité d'octroyer des licences obligatoires lorsque le titulaire du brevet ne peut expliquer de façon suffisante pourquoi il n'a pas exploité son invention »*. Nous remarquerons alors que l'Australie ne s'est toujours pas conformé au traité puisque dans l'article 133.2 de l'*Australian Patent Act* de 1990 tel qu'amendé en 2014 prévoit toujours comme condition d'octroi d'une licence que *« le titulaire du brevet ne donne*

¹³⁴² <http://www.cptech.org/ip/health/sa/sa-timeline.txt> (consulté le 1er juillet 2016) (traduction).

¹³⁴³ Article 18.6 du traité US-Cambodge de 1996.

¹³⁴⁴ Article 9.51 du traité US-Jamaïque de 1994.

¹³⁴⁵ Article 7.7 du traité US-Trinidad de 1994.

¹³⁴⁶ Article 7.8 du traité US-Vietnam de 2007.

¹³⁴⁷ Idem (traduction).

¹³⁴⁸ Article 19.9.7 du traité US-Australie de 2005 ; Article 16.7.6 du traité US-Singapour de 2004.

¹³⁴⁹ C. CORREA, « Droits de propriété intellectuelle et licences obligatoires : options pour les pays en développement », op. cit., p. 11.

aucune raison satisfaisante pour expliquer sa défaillance dans l'exploitation de son brevet ».

- Le traité avec la Jordanie, au lieu d'interdire certains motifs d'octroi, définit une liste limitative de motifs sur laquelle le gouvernement jordanien peut s'appuyer. Ainsi, l'article 4.20 du traité US-Jordanie énonce que « *aucune des Parties ne permettra l'utilisation de l'objet d'un brevet sans l'autorisation du détenteur du droit sauf dans les cas suivants : a) pour remédier à une pratique dont il a été déterminé, à l'issue d'une procédure judiciaire ou administrative, qu'elle est anticoncurrentielle ; b) en cas d'utilisation publique à des fins non commerciales ou dans des situations d'urgence nationales ou d'autres circonstances d'extrême urgence, à condition que cette utilisation soit limitée à l'utilisation par des organismes gouvernementaux ou des entités juridiques agissant sous l'autorité du gouvernement ; c) au motif que les prescriptions d'exploitation ne sont pas respectées, pour autant que l'importation constitue une exploitation* ». Ces dispositions reprennent alors les points de vue américains concernant d'une part le rejet des autres motifs d'octroi de licences obligatoires au profit des flexibilités fréquemment utilisées par les tribunaux américains comme les pratiques anticoncurrentielles, et d'autre part, la distinction faite entre l'utilisation de l'invention par les pouvoirs publics, plus permissive que l'utilisation faite par un tiers privé.
- Enfin, les traités conclus avec Singapour et l'Australie prévoient également l'interprétation qui doit être donnée à certains motifs d'octroi comme la définition des pratiques anticoncurrentielles précisant qu'un « *Etat qui octroie une licence obligatoire pour remédier à une pratique anticoncurrentielle ne doit pas considérer, dans l'appréciation de cette pratique, qu'un brevet confère nécessairement à son titulaire une position dominante sur le marché* »¹³⁵⁰. De même, concernant le motif d'urgence nationale, il a pu être précisé qu'une « *licence obligatoire n'impose pas au titulaire du brevet de transférer aux licenciés les informations confidentielles ou les savoirs techniques liés l'invention qui peuvent être exigés pour obtenir une autorisation de mise sur les marchés* »¹³⁵¹.

¹³⁵⁰ J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit., p. 446.

¹³⁵¹ Idem.

498. Un régime asymétrique. La Déclaration de Doha de 2001 qui reconnaît explicitement les flexibilités de l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC en énonçant au paragraphe 5b que « *chaque membre a le droit d'accorder des licences obligatoires et la liberté de déterminer les motifs pour lesquels de telles licences sont accordées* », aurait alors dû sonner le glas du bilatéralisme américain. Cela explique par exemple que les traités conclus après 2001 avec les pays d'Amérique Centrale, le Chili, le Bahreïn, la Colombie ou le Panama le Maroc et le Costa Rica ne prévoient aucune disposition spécifique sur les licences obligatoires. Jean-Frédéric MORIN y voit une politique américaine différenciée, limitant les flexibilités prévues par la Déclaration de Doha aux pays à faibles revenus alors que la Déclaration reconnaît la liberté de fixer les motifs d'octroi de licences obligatoires à tous les Etats-membres de l'OMC. Pour cela, il se base sur les traités conclus avec l'Australie et Singapour en 2005 qui, à la différence des traités conclus avec le Maroc, le Bahreïn et les pays d'Amérique centrale, contiennent des dispositions contraignantes dans ce domaine et ne sont pas accompagnés d'annexe à valeur interprétative relative à la question de l'accès aux médicaments¹³⁵². Nous ne verrons cependant dans ces exemples qu'un reliquat des négociations entamées avant 2001 puisque cette politique différenciée n'a pas été appliquée dans le troisième traité conclu avec un Etat développé : aucune disposition sur les licences obligatoires n'est décelée dans le traité conclu en 2012 avec la Corée du Sud alors que ce pays était à cette date considéré comme la douzième puissance économique du monde.

II – Les Accords ADPIC-moins

499. Une dynamique faible de négociation. L'étude de la dynamique ADPIC-moins est difficile au vu du faible nombre de traités régionaux conclus dans ce sens. La lecture des principaux articles relatifs à ce mouvement se fonde en effet majoritairement sur les ordres juridiques étatiques et non interétatiques. L'exemple le plus souvent cité est celui de chacun des Etats du Golfe qui développent une politique d'ADPIC-moins au niveau national sans

¹³⁵² J.-F. MORIN, « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », op. cit., p. 450.

pourtant prévoir d'harmonisation au niveau régional, alors même qu'ils sont membres d'une organisation régionale touchant plus ou moins à la propriété intellectuelle¹³⁵³.

D'une part, il est vrai que l'exhaustivité d'une telle étude est compromise par la difficulté d'accès aux traités régionaux, dès lors que certains pays manquent de transparence dans ce domaine. D'autre part, nous sommes limités par la délimitation temporelle du sujet, puisque la dynamique des accords régionaux s'est accélérée au début des années 2000 à une date où les problématiques de développement sont à peine posées. Enfin, le faible nombre de traités régionaux énumérés s'explique par le fait que les pays émergents n'ont pas forcément intérêt à négocier un traité – ce qui implique certaines concessions – afin d'harmoniser une position qui a déjà fait l'objet d'une forme d'harmonisation par le biais des coalitions créées au sein des fora internationaux. Ainsi les accords entre pays émergents sont plus souvent factuels que formels. L'intérêt des pays émergents pour le bilatéralisme s'inscrit alors plus dans la réécriture du rapport avec les pays développés, ce qui implique alors deux objectifs distincts en fonction de l'identité de l'Etat partenaire.

500. Les traités conclus avec les pays développés. Le premier objectif des accords ADPIC moins que nous pouvons déceler relève de la volonté des pays émergents de couper court à la dynamique des accords ADPIC plus. En effet, s'il paraît inconcevable qu'un pays émergent puisse aujourd'hui, par le biais d'un simple traité bilatéral, faire fléchir la position tenue par les Etats-Unis dans les différentes oppositions à la source du blocage des négociations au sein des fora internationaux, il est tout à fait possible qu'il puisse amener les pays développés à reconnaître les grandes problématiques de développement et ainsi franchir une étape significative dans le déroulement des débats.

501. L'impact des ADPIC moins sur l'accès aux médicaments. En effet, comme nous l'avons étudié, la Déclaration de Doha a été un tournant important dans l'élaboration des traités régionaux conclus par l'Union européenne et les Etats-Unis qui, en reconnaissant l'importance de la question de la santé publique, ont cessé d'entreprendre le renforcement des

¹³⁵³ Par exemple : D. PRICE, « The development of intellectual property regimes in the arabian gulf states », op. cit., p. 227 et s.

conditions d'octroi d'une licence obligatoire. Ainsi, la dernière génération de traités régionaux remplace les dispositions plus strictes par la reconnaissance du droit d'usage des flexibilités par les pays émergents. Au-delà des exemples que nous avons étudiés dans le cadre du bilatéralisme américain, le traité conclu entre l'Union européenne et l'Inde est un exemple révélateur de cette dynamique : ainsi, le Parlement Européen « *se félicite de l'engagement ferme de l'Inde en faveur d'un régime de droits de propriété intellectuelle vigoureux et de sa détermination à utiliser les flexibilités ADPIC pour répondre à ses obligations en matière de santé publique, notamment pour l'accès aux médicaments* »¹³⁵⁴. Par cette déclaration, l'Union Européenne reconnaît l'ensemble des flexibilités utilisées par l'Inde, y compris le refus de brevetabilité de la deuxième application thérapeutique, et entend ne pas le négocier.

502. L'impact des ADPIC moins sur la biodiversité. La même logique de reconnaissance des problématiques de développement se retrouve avec la question de la protection de la diversité biologique. Les Etats-Unis se sont montrés jusqu'ici inflexibles sur la question environnementale, et, à cet égard, n'ont toujours pas ratifié la CDB. Cependant, une lente reconnaissance du besoin de protection de la diversité biologique se retrouve dans les traités régionaux négociés après 2012. A la lecture de ces traités, nous remarquons que si les Etats-Unis ignorent les débats sur l'introduction de l'obligation de divulgation au sein de leur droit des brevets, ils reconnaissent l'importance de la conservation de la diversité biologique et la nécessaire coopération entre les Etats dans ce domaine : « *les parties reconnaissent l'importance de la conservation et de l'utilisation durable de la diversité biologique et de leur rôle dans la réalisation du développement durable [...] Les parties renforceront leurs efforts de coopération sur ces questions* »¹³⁵⁵. Si cette reconnaissance ne suffit pas à relativiser l'opposition à la source du blocage des négociations au sein des fora internationaux, force est de constater qu'il s'agit là d'un pas extraordinaire de la part des Etats-Unis qui admettent enfin l'importance d'adopter des mesures de protection.

Concernant les accords régionaux ratifiés avec l'Union Européenne, la reconnaissance de la problématique environnementale a été relativement plus aisée. Même si d'importants traités

¹³⁵⁴ UE, « résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur un accord de libre-échange entre l'Union Européenne et l'Inde », 2008/2135 (INI), 26 mars 2009, §33.

¹³⁵⁵ Article 18.11 de l'Accord de promotion commerciale US-Colombie de 2012 (traduction).

régionaux restent en effet muets sur cette question¹³⁵⁶, certains commencent lentement à reconnaître la nécessité d'encadrer la protection de la biodiversité. Rappelons en effet que si l'Union européenne ne prévoit pas de système de divulgation de l'origine des ressources biologiques au sein de sa législation sur les brevets, elle ne s'est jamais opposée au débat au sein des fora internationaux.

L'exemple le plus révélateur est l'Accord de libre-échange conclu entre l'Union européenne d'une part et la Colombie et le Pérou d'autre part, selon lequel « *les parties reconnaissent qu'il est utile d'exiger la divulgation de l'origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet, considérant que cela contribue à la transparence sur les utilisations des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes* »¹³⁵⁷.

D'autres accords conclus avec les Etats-membres de l'Union européenne comme l'Accord sur la protection des investissements conclus entre le Qatar et la Finlande¹³⁵⁸, ou d'autres pays industrialisés, comme l'Accord de libre-échange entre le Canada et le Pérou, vont également dans ce sens¹³⁵⁹.

Cette reconnaissance ne s'arrête d'ailleurs pas aux traités ratifiés entre l'Union Européenne et les pays émergents puisque l'Accord de libre-échange conclu avec la Corée tend à promouvoir une politique commune sur les liens unissant l'Accord sur les ADPIC et la CDB¹³⁶⁰. Ainsi, s'il n'est pas surprenant que cet accord n'introduise pas une obligation de divulgation entre les parties – ni l'Union Européenne ni la Corée ne sont favorables à une modification de l'Accord sur les ADPIC – bon nombre d'engagements ont été pris dans ce domaine, liés aux mesures de protection de la biodiversité et à l'implication des parties aux débats internationaux.

L'impact de ces traités sur la politique de l'Union Européenne est tout de même visible : la question environnementale a finalement été consacrée par la résolution 2012/2135(INI) du Parlement Européen du 15 janvier 2013 sur les aspects relatifs au développement des droits de propriété intellectuelle sur les ressources génétiques, selon laquelle l'Union Européenne «

¹³⁵⁶ Par exemple, l'Accord de libre-échange UE-Inde de 2009.

¹³⁵⁷ Article 201 de l'Accord de libre UE-Colombie et Pérou de 2012.

¹³⁵⁸ Accord entre le Qatar et la Finlande de 2003.

¹³⁵⁹ Accord entre le Canada et le Pérou de 2009.

¹³⁶⁰ P. ARHEL, « l'accord de libre-échange entre l'Union Européenne et la Corée », propriété industrielle, juin 2010, p. 9.

attire l'attention sur la proposition faite par les pays en développement en faveur d'une réglementation contraignante obligeant les demandeurs de brevets à a) divulguer la source ou l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés utilisés dans les inventions, b) apporter la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause des autorités compétentes du pays d'origine et c) fournir un certificat international d'origine démontrant le partage juste et équitable des avantages »¹³⁶¹ et « estime qu'un instrument contraignant est le moyen le plus sûr de voir apparaître des mesures liées à la biodiversité dans le système des droits de propriété intellectuelle mis en place par les pays utilisateurs; demande instamment que des mesures soient prises pour soumettre l'octroi de brevets à la condition du respect de l'obligation de divulguer l'origine de toutes les ressources génétiques et de tous les savoirs traditionnels dans les demandes de brevet; souligne que cette divulgation devrait inclure la preuve que les ressources génétiques ou les savoirs traditionnels en question ont été acquis conformément aux règles en vigueur (à savoir le consentement préalable donné en connaissance de cause et les conditions convenues d'un commun accord) »¹³⁶².

503. Les traités conclus entre pays émergents. Le second objectif des accords ADPIC moins que nous mettons en avant est la mise en place d'une stratégie commune entre pays émergents. L'idée est en effet ici de bénéficier de l'effet de levier que nous avons mis en évidence lors de l'étude structurelle du bilatéralisme. Nous relevons alors l'existence de deux traités régionaux qui présentent chacun une forme d'avancée pour les Etats émergents.

Le premier instrument englobe les décisions n°391 et 486 de la Communauté andine qui exporte le système de protection péruvien dans tous les Etats de la communauté qui sont alors devenus un laboratoire permettant de mettre en avant les avantages et les inconvénients de l'introduction de l'obligation de divulgation. A ce titre, rappelons en effet que la décision n°486 énonce que « l'autorité nationale compétente prononce, d'office ou à la demande de toute personne et à tout moment, la nullité absolue du brevet dans les cas suivants : [...] le cas échéant, la copie du contrat d'accès n'a pas été présentée, lorsque les produits ou les procédés pour lesquels le brevet est demandé ont été obtenus ou mis au point partir de

¹³⁶¹ Paragraphe 26 de la résolution 2012/2135(INI) du Parlement Européen du 15 janvier 2013.

¹³⁶² Paragraphe 28 de la résolution 2012/2135(INI) du Parlement Européen du 15 janvier 2013.

*ressources génétiques ou de produits dérivés de celles-ci originaires de l'un quelconque des pays-membres »*¹³⁶³.

Le second instrument est l'accord de libre-échange conclu entre la Chine et le Pérou, qui, s'il ne prévoit pas de modification des législations des Etats-membres en matière de divulgation de l'origine des ressources biologiques, affirme la volonté des deux pays d'établir une stratégie commune de négociation en faveur de la protection de la diversité biologique :

« 1. Les parties reconnaissent la contribution apportée par les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore dans le développement scientifique, culturel et économique.

2. Les parties reconnaissent et réaffirment les principes et dispositions établis dans la Convention sur la diversité biologique, adoptées le 5 juin 1992, et encouragent les efforts visant à établir des relations mutuellement favorables entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique concernant les ressources génétiques et la protection des savoirs traditionnels et du folklore.

3. Sous réserve des obligations internationales et de la législation nationale de chaque partie, les parties peuvent mettre en place des mesures appropriées pour protéger les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore.

*4. Sous réserve des développements futurs des législations nationales, les parties conviennent de discuter davantage de la divulgation de l'origine ou de la source des ressources génétiques et/ou des obligations de consentement préalable en connaissance de cause dans les demandes de brevet »*¹³⁶⁴.

Ce type d'accord ne semble pas particulièrement novateur au regard des intérêts du Pérou et de la Chine qui tous deux sont membres du groupe des pays méga-divers favorables à la modification de l'Accord sur les ADPIC afin d'y introduire l'obligation de divulgation. Nous considérons en effet qu'il s'agit là du choix de réitérer leur volonté de faire cause commune, notamment face au bilatéralisme américain qui concerne ces deux pays, et qui peut avoir pour conséquence de diviser la coalition de tous les membres du groupe présents dans les négociations au sein des fora internationaux.

¹³⁶³ Paragraphe 75 de la décision n°486 de la Communauté Andine.

¹³⁶⁴ Article 145 du traité Chine-Pérou de 2010 (traduction).

CONCLUSION DU TITRE 2

504. Un mouvement cyclique d'harmonisation. Nous avons présenté au sein de ce titre la volonté des Etats de se détacher de l'OMC afin de négocier l'adaptation du régime international des brevets en fonction de leurs spécificités, qu'elles soient politiques, économiques ou religieuses.

Le retour au bilatéralisme – et au régionalisme – se présente comme une nouvelle voie d'adaptation du droit à la société, alors que les éléments de flexibilité offerts par l'Accord sur les ADPIC ne suffisent plus. Surtout, le bilatéralisme permet la coexistence des divergences entre pays développés et pays émergents concernant les nouvelles limites de la protection par le brevet :

Le mouvement ADPIC plus est principalement issu du bilatéralisme américain, dont l'objet est de renforcer les droits de propriété intellectuelle en tant que corollaire à la protection des investissements dans la recherche et le développement.

Le mouvement ADPIC moins est principalement issu de la volonté récente de pays émergents de négocier des accords commerciaux et/ou régionaux entre eux, dont l'objet est de pallier l'inefficacité des éléments de flexibilité de l'Accord sur les ADPIC par l'instauration de nouvelles mesures de protection des droits fondamentaux, et notamment l'environnement.

Enfin, le retour au bilatéralisme nous renvoie irrémédiablement à un retour à un ordre interétatique, ce qui confirme notre postulat introductif d'un mouvement cyclique d'harmonisation résultant de l'existence simultanée des ordres interétatiques et international : Après avoir représenté une voie d'entrer dans l'ordre international via un marché diplomatique, l'ordre interétatique représente une voie de sortie lorsque l'ordre international devient trop contraignant ou que les négociations destinées à sa création sont rompues. Cette nouvelle voie de sortie n'en reste pas moins une future voie d'entrée via une consécration dans un nouvel ordre international.

CONCLUSION GENERALE

505. Le besoin avéré d'harmonisation. *« La politique communautaire et internationale de concurrence doit impérativement intégrer la réalité de la mondialisation dans ses missions. Pour cela, elle devra être étroitement synchronisée avec la libéralisation des échanges internationaux et les différentes mutations apportées par la globalisation des économies »*¹³⁶⁵. Ainsi conclut Joan ANFOSSI-DIVOL sa thèse sur l'harmonisation du droit des marques. Nous pouvons parfaitement transposer ses propos au droit des brevets tant ils résument le besoin actuel d'harmonisation du droit promu par les organisations internationales. L'importance des droits de propriété intellectuelle dans les relations commerciales est telle que le besoin de neutralisation des disparités de traitement n'a pas à être démontré mais, au contraire, a servi de postulat de base à notre étude. De ce postulat ont découlé deux constats :

- Le premier est celui d'une harmonisation effective nécessitant la mise en place d'efforts communs entre les Etats afin que les systèmes nationaux soient complémentaires et mettent fin aux politiques protectionnistes. Cette complémentarité passe alors par le compromis au sein des négociations internationales permettant de répondre aux besoins sociétaux de chaque Etats participants.
- Le second est celui d'une harmonisation insuffisante car limitée aux sujets propices à l'élaboration de principes communs, pour lesquels il n'existe que peu de divergences en droit comparé. Cependant, le principe d'harmonisation « totale » est paradoxal : s'il se définit par les éléments de flexibilité offerts aux Etats afin d'adapter le régime international aux spécificités locales, ces mêmes éléments de flexibilité favorisent l'élaboration d'un droit des brevets « à la carte ».

C'est donc influencé par la doctrine actuelle que nous avons débuté nos recherches sur le principe que la légitimité de l'harmonisation du droit des brevets, qui constitue notre problématique, ne concerne pas son existence mais sa mise en œuvre. Ainsi, afin de savoir jusqu'à quel point le droit des brevets doit être harmonisé, nous nous sommes concentrés davantage sur les nouveaux objets de protection avancés dans les débats internationaux actuels, plutôt que sur le droit des brevets en général. Cet angle de vue s'explique

¹³⁶⁵ J. ANFOSSI-DIVOL, « L'usage et l'enregistrement, éléments essentiels de l'harmonisation du droit des marques », op. cit., p. 559.

parfaitement pour deux raisons. D'une part l'harmonisation internationale du droit des brevets est un sujet très large dont l'étude nécessite de se limiter aux questions les plus pertinentes au regard de l'actualité. D'autre part, l'évolution perpétuelle des sciences et techniques induit irrémédiablement l'idée d'une harmonisation à jamais incomplète, puisque dépendante de questions aujourd'hui inconnues.

506. Le besoin non-souhaité d'harmonisation. Cependant, cette étude nous permet de remettre en cause ce postulat : si l'apport de l'Accord sur les ADPIC est certain, en ce qu'il se présente comme la consécration internationale d'un régime de protection préalablement existant dans l'ensemble des Etats ayant contribué à son élaboration, l'harmonisation du droit des brevets telle que promue par les organisations internationales, ne nous semble pas souhaitable. Cette position s'explique par le fait que l'existence même d'une harmonisation et sa mise en œuvre sont des questions intrinsèquement liées dès lors que toutes deux se définissent par les éléments de flexibilité que nous avons mis au cœur dans notre étude. Autrement dit, si la question de la mise en œuvre remet en cause les éléments de flexibilité, elle remet également en cause l'existence de l'harmonisation.

Cette position s'explique également par les pièges d'une harmonisation concentrée sur les objets à harmoniser et non sur les éléments de flexibilité. Ainsi, au regard des exemples que nous avons repris dans notre étude, nous pouvons mettre en avant que :

- Le droit matériel des brevets est opposé aux autres libertés fondamentales, dont le droit à la santé et la protection de la biodiversité. Cette opposition a pour origine d'une part le changement régulier de forum de négociation qui conduit inévitablement à une dé-spécialisation du mécanisme d'harmonisation, et d'autre part la médiatisation des problèmes sociaux contemporains qui conduit à la hiérarchisation des principes fondamentaux au regard de l'urgence. La résolution de cette opposition par le compromis nécessite la recherche d'un équilibre qui ne pourra être intégré dans le régime international que par la déformation du droit matériel des brevets au-delà de sa substance. Cette déformation se manifeste alors d'une part par une dilution du droit matériel des brevets au sein d'un régime international ouvert aux questions périphériques, et d'autre part par un manque de cohérence du mécanisme d'harmonisation qui se voit peu à peu priver de ses éléments de flexibilité.

- Le droit des brevets est intrinsèquement lié au libre-échange. Ce lien résulte autant de la volonté des Etats d'exporter leur législation par le biais des accords de libre-échange, que de l'association entre le droit des brevets et le libre-échange dans la mise en œuvre des transferts de technologie. Ainsi, nombre d'attaques formulées à l'encontre du libre-échange, et remises en avant par les mouvements de protectionnisme issu des crises économiques des années 2000, se répercutent inévitablement sur le droit des brevets. Tel est le cas par exemple des transferts d'industries, empêchés en pratique par le libre-échange qui privilégie l'exportation. Rappelons en effet la volonté de certains Etats, à l'instar du Brésil, d'assortir le monopole d'exploitation accordé par le brevet à une obligation de production industrielle sur leur territoire.

507. L'élaboration d'un nouveau régime international sur le transfert de technologie.

Nier la légitimité de l'harmonisation du droit des brevets ne répond malheureusement pas à la réalité de la mondialisation. S'il ressort de notre étude que l'harmonisation du droit des brevets doit être observée exclusivement du point de vue des éléments de flexibilité, il est évident que les nouveaux objets de l'harmonisation posent une problématique particulière que nous devons tout de même définir. Or, nous notons un élément récurrent, commun à toutes les difficultés d'harmonisation que nous avons mis en avant : les transferts de technologie. Ces derniers sont en effet à l'origine de l'accès aux médicaments, du partage des avantages issus des brevets biotechnologiques, voire de l'opposition économique généralisée entre les pays industrialisés et pays émergents. Nous avons cependant souvent regretté l'absence de régulation des transferts de technologie.

Cette dernière passe obligatoirement par une définition juridique stable. En effet, les différentes définitions que nous avons mises en avant sont exclusivement économiques et varient en fonction des politiques économiques de chaque Etat :

- le transfert de technologie peut être défini comme un transfert d'informations, permettant au pays bénéficiaire d'accéder à la connaissance technique. Cette définition correspond aux politiques de recherche et de développement ;
- Il peut être également défini comme un transfert matériel, permettant au pays bénéficiaire d'acquérir directement la technologie sans investissement préalable. Cette définition correspond aux politiques d'état d'urgence ;

- Enfin, il peut être défini comme un transfert d'industrie, permettant au pays bénéficiaire d'acquérir la technologie en privilégiant une politique de développement industriel. Cette définition correspond aux politiques protectionnistes.

Ce ne sera alors qu'une fois les transferts de technologies correctement définis, et parfaitement encadrés, que les difficultés posées par les objets de l'harmonisation du droit des brevets pourront être résolues, sans remettre en cause ni le mécanisme d'harmonisation en ce qu'il se compose des éléments de flexibilité, ni le droit des brevets dans sa substance.

LISTE DES FIGURES

FIGURE N°1 : CONCEPTUALISATION DE LA GESTION DE CRISE	p.46
FIGURE N°2 : CONCEPTUALISATION DU MARCHE INTERNATIONAL DU DROIT	p.120
FIGURE N°3 : RAPPORT GENERAL ENTRE L'ETENDUE DES DROITS ET LE NIVEAU D'INCITATION A L'INNOVATION	p.419
FIGURE N°4 : CONCEPTION PESSIMISTE ET OPTIMISTE DU RAPPORT GENERAL ENTRE L'ETENDUE DES DROITS ET LE NIVEAU D'INCITATION A L'INNOVATION	p.424

LISTE DES CARTES

CARTE N°1 : LA THEORIE DU LEVIER AU NIVEAU REGIONAL	p.109
CARTE N°2 : LA THEORIE DU LEVIER AU NIVEAU INTERNATIONAL	p.110
CARTE N°3 : PAYS AYANT OU NON INSTAURE UNE PROCEDURE PENALE CONTRE LA CONTREFACON	p.280
CARTE N°4 : CAPACITE DE PRODUCTION DANS LE DOMAINE	p.312
CARTE N°5 : NOTIFICATIONS QUANT AUX PAYS IMPORTATEURS ADMISSIBLES	p.313
CARTE N°6 : PAYS AYANT ACCEPTE L'AMENDEMENT DU 6 DECEMBRE 2005	p.323
CARTE N°7 : LA POLITIQUE DE PARTAGE DES AVANTAGES DU NCI	p.359
CARTE N°8 : APPLICATION DE LA CHARIA DANS LE GOLFE PERSIQUE	p.446

LISTE DES TABLEAUX

TABLEAU N°1 : DATE D'ENTREE EN VIGUEUR DES PREMIERES LOIS SUR LES BREVETS DANS LES PAYS DE TRADITION ISLAMIQUE p.70

TABLEAU N°2 : DIFFERENCIATION DES REPUBLIQUES POPULAIRE SELON LEURS TYPES D'ECONOMIE p.80

TABLEAU N°3 : CLASSIFICATION DES REPUBLIQUES POPULAIRES SELON LEURS LEGISLATIONS p.83

TABLEAU N°4 : LISTE DES ACCORDS RATIFIÉS PAR LES ETATS-UNIS (DE 1994 à 2012) p.98

TABLEAU N°5 : EXEMPLES DES ELEMENTS DE FLEXIBILITE PRESENTS DANS LA SECTION 5 DE L'ACCORD SUR LES ADPIC p.152

TABLEAU N°6 : STATISTIQUES DES REPONSES DES ETATS-MEMBRES DE L'OMPI AU QUESTIONNAIRE SUR LES LIMITATIONS ET EXCEPTIONS RELATIVES AUX DROITS DE BREVET p.225

TABLEAU N°7 : LISTE DES CONTRE-REGIMES ETABLIS EN DEHORS DE L'OMC p.285

TABLEAU N°8 : CHRONOLOGIE DE L'UTILISATION DU SYSTEME MIS EN PLACE PAR LE PARAGRAPHE 6 DE LA DECLARATION DE DOHA PAR LE CANADA p.326

TABLEAU N°9 : IMPORTATIONS PARALLELES DE MEDICAMENTS EN PROVENANCE D'INDE p.333

TABLEAU N°10 : LISTE DES PRINCIPAUX EXEMPLES DE BIOPIRATERIE p.353

TABLEAU N°11 : IDENTIFICATION PAR LE PEROU DES « CAS EVENTUELS DE BIOPIRATERIE » p.376

TABLEAU N°12 : DEPENSES MONDIALES EN R&D ENTRE 1990 ET 2013 p.407

TABLEAU N°13 : FACTEURS CONTRIBUANT A L'INNOVATION AU BANGLADESH
.....p.434

JURISPRUDENCE

ALLEMAGNE

2009 : Cour fédérale d'Allemagne, Orange book, 6 mai 2009, KZR 39/06

Cour fédérale d'Allemagne, Hundefutterbeutel, 19 novembre 2009, X ZR 49/08

AUSTRALIE

1937 : Howard Ltd. vs Condrup Ltd. [1937] 54 RPC 121

1959 : National Research Development Corporation vs Commissioner of patent [1959] 102 CLR 417

1977 : Meyers Taylor Pty Ltd v Vicarr Industries Ltd [1977] CLR 228

1991 : IBM vs Commissioner of patent [1991] 22 IPR 417

BELGIQUE

2001 : Cour de cassation 11 mai 2001, *Pas.* 2001, I, 839, *R.W.* 2002-03, p.658

2002 : Corr. Hasselt, 3 mai 2002, *I.R.D.I.* 2002, p.171

2003 : Civ. Bruxelles, 26 mai 2003, *I.R. D.I.*, 2003, p. 273

Civ. Bruxelles, 13 juin 2003, *I.R. D.I.*, 2003, p. 275

2004 : Civ. Bruxelles, 16 juin 2004, *I.R. D.I.*, 2004, p. 188

Civ. Bruxelles, 29 juin 2004, *I.R. D.I.*, 2004, p. 402

2005 : Civ. Bruxelles, 13 mai 2005, *I.R. D.I.*, 2005, p. 432

Civ. Bruxelles, 13 mai 2005, *I.R. D.I.*, 2005, p. 432

Civ. Liège, 16 décembre 2005, RG 2004/5800/A

2008 : Civ. Bruxelles, 11 mars 2008, *I.C.I.P.*, 2008, p. 555

2009 : Cass., 26 novembre 2009, *I.C.I.P.*, 2009, p. 540

CANADA

1983 : Nintendo of America Inc vs Coinex Video Games Inc, [1983] 2 EC. 189

1994 : RJR-Macdonald Inc vs Canada [1994] 1 R.C.S. 311

1998 : Glaxo Wellcome PLC vs MNR, [1998], 4 C.F. 349

1999 : Adobe Systems Inc. vs KLJ Computer Solutions Inc., [1999] 3 C.F. 621

2000 : Ontario Realty Corp vs P. Gabriel & Sons, [2000], 50 O.R. (3d) 539

2002 : Bell Express Vu vs Pomeroy et al, [2002], 02-CL-4687

DirecTV Inc. vs Toth et al. [2002], 02-CV-226455CM3

Raymond Chabot SST Inc. vs Groupe AST, [2002] R.J.Q. 2715

2013 : IMS Health Canada inc vs Think Business ltd, [2013], 2013 QCCA 1303

ESPAGNE

2012 : Cour suprême d'Espagne (Chambre civile, Division n° 1), 10 février 2012, arrêt PASSIM, n° 39/2012

ETATS-UNIS

1897 : Mergenthaler vs Scudder, [1897] 11 AppDC 264

1900 : Richard vs Lebon, [1900] 103 F 868

1903 : Brewer vs Lichtenstein, [1903] 278 F 512

Fuller vs Berger [1903] 120 F 274

1911 : Colombia Motor Car Co. vs CA Duerr&Co., [1911] 184 Fed 893

1928 : Corona Cord Tire Co. vs Dovan Chem Co., [1928] 276 US 358

1932 : Nestle Le Mur vs Eugene Ltd., [1932] 55 F2d 854

1941 : Chicago Patent Corp. vs Genco, [1941] 52 USPQ 3

1948 : Funk Brothers Seed Co. vs Kalo Inoculant Co., [1948] 333US127

1967 : In re Kirk, [1967] 376 F.2d 936

In re Joly, [1967] 376 F.2d 906

Knapp vs Anderson, [1967] 477 F.2d 588

1969 : In re Sponnoble, [1969], 404Féd578

In re Anthony, [1969] 162 USPQ 594

1974 : Popeil Bros Inc. vs Shick Electric Ink., [1974] 181 USPQ 482

HK Porter Co. vs Black&Decker Mfg., [1974] 182 USPQ 401

1975 : In re Deters, [1975] 515 F2d 1052

1979 : Aronson vs Quick Point Pencil Company, [1979] 201 USPQ 1

Universal Electric Co. vs AO Smith Co., [1979] 643 F2d 546

1980 : Diamond vs Chakrabarty, [1980] 447 US 303

1981 : Diamond vs Diehr, [1981] 450 US 175

1982 : Mc Donnel Douglas Co. vs United-State, [1982] 214 USPQ 857

1983 : Environmental Design vs Union Oil Co. of Calofornia, [1983] 713 F2d 963

In re Kaslow, [1983] 707 F2d 1366

In re Sneed, [1983], 710 F2d 1544

Kansas Jack Inc. vs Kuhn, [1983] 719 F2d 1144

1984 : Envirotech Corp vs Al George Inc., [1984] 730 F2d 753

1985 : Panduit Corp. vs Dennison Mfg. Co., [1985] 774 F2d 1082

Dowling vs États-Unis, [1985] 473 US 207

1986 : Finish Engineering Co. vs Zerpa Industry Inc., [1986] 1 USPQ2d 1114

Kloster Speedsteel AB vs Crucible Inc., [1986] 793 F2d 1565

Custom Accessories Inc. vs Jeffrey-Allan Industries Inc., [1986] 1 USPQ2d 1196

1988 : In re O'Farrell, [1988] 7 USPQ2d 1673

1989 : Radix Corp vs Samuels, [1989] 19USPQ2d 1689

Sonoco Prods. Co. vs Mobil Oil Corps., [1989] 15 USPQ2d 1194

Moleculon Research Corp vs CBS, [1989] 10 USPQ2d 1390

Merck&Co. vs Biocraft Labs Inc., [1989] 874 F2d 804

1990 : Joy Technologies Inc. vs Manbeck, [1990] 17 USPQ2d 1257

1991 : Beatrice Foods Co. vs New England Printing and Lithographing Co., [1991], 17 USPQ2d 1553

1992 : American Medical Systems Inc. vs Medical Engineering Corp., [1992] 794 Fsupp 1370

1993 : Texas Instruments Inc. vs International Trade Commission, [1993] 26 USPQ2d 1018

1994 : In re Paulsen, [1994] 30 F3d 1475

1996 : In re Huang, [1996] 40 USPQ2d 1685

Para-ordinance Mfg. Inc. vs SGS Importers International Inc., [1996] 37 USPQ2d 1237

1998 : State Street Bank vs Signature Fin Group [1998] 139 F3d 1368

1999 : Enzo Biochem Inc. vs Calgene Inc., [1999] 52USPQ2d1129

Tec Air Inc. vs Denso Mfg. Michigan Co., [1999] 52 USPQ2d 1294

2000 : Edmonds Institutes & Diversa v/s Secretary of the Interior, [2000], 42 F. supp.2d 1

2005 : In re Fisher, [2005] 421 F3d 1365

2010 : In re Bilski, [2010] 545 F3d 943

FRANCE

1915: Trib. Civ. Seine, 29 novembre 1913, Annales 1915, p.16

1977 : CA Paris, 19 octobre 1977, BD, 1978, II, n°1

1984 : TGI Paris, 28 juin 1984, PIBD, 1985, III, p.2

CA Paris, 28 novembre 1984, PIBD, 1985, III, p.119

1985 : TGI Paris, 25 avril 1985, PIBD, 1985, III, p.246

1990 : CA Paris, 22 mars 1990, PIBD, 1990, III, p.411

CA Paris, 25 octobre 1990, PIBD, 1991, III, p.38

Cass. 1^e civ., 6 novembre 1990, n°89-15246

1991 : CA Paris, 14 février 1991, PIBD, 1991, III, p.432

TGI Limoges, 8 novembre 1989, PIBD, 1991, III, p.704

1993 : CA Paris, 9 mars 1993, PIBD, 1993, III, p.441

1994 : TGI Paris, 7 juillet 1994, PIBD, 1994, III, p.563

TGI Paris, 16 novembre 1994, PIBD, 1995, III, p.115

1995 : Cass. Com., 12 décembre 1995, bull. civ., IV, n°291, p.267

2012 : Cass. Com. 2012, n°11-18440

INDE

2002 : High Court of Calcutta, Dimminaco vs Controller of Patent, 2002, n°68/2002

ISRAEL

1990 : Hughes Aircraft Co. vs The State of Israel, [1990] CA 345 87

JAPON

2015 : Cour Suprême du Japon, 15 juin 2015, Info-japon n°62, décembre 2015, p.2

NOUVELLE-ZELANDE

1991 : Smith Kline & French Laboratories Ltd c. Attorney General [1991] 4 TCLR 199

PAYS-BAS

1992 : Cour suprême des Pays-Bas, 18 décembre 1992, BIE 1993/81 (ICI/Medicopharma

ROYAUME-UNI

1961 : Van Der Lely vs Bamfords Ltd., [1961] RPC296

1972 : General Tire & Rubber Company v Firestone Tyre and Rubber Company Ltd [1972] RPC 457

Technograph vs Mills [1972] RPC 346

1974 : Norwich Pharmacal Co. vs Commissioners of Customs and Excise, [1974], A.C. 133

1976 : Anton Piller vs Manufacturing Processes Ltd, [1976] 1 All E.R. 799

1978 : Lucas & Another vs Gaedor Ltd. And others, [1978] RPC 297

1980 : Mareva Compania Naviera SA vs International Bulkcarriers SA [1980] 1 All. E.R. 213

1985 : Bank Mellat vs Nikpour, [1985] FSR. 87

1989 : Smith, Kline & French Laboratories Ltd c. Evans Medical Ltd [1989] FSR 513

1996 : Chiron Corp vs Murex Diagnostics Ltd and other [1996] RPC 535

SINGAPOUR

2010 : Nokia vs Ipcom [2010] EWHC 3482

CJCE

1998 : CJCE, 16 juin 1998, affaire Hermes International, C-53/96

2000 : CJCE, 14 décembre 2000, Parfums Christian Dior, C-300/98

2001 : CJCE 13 septembre 2001, Schieving-Nijstad VOF, C-89/99

2004 : CJCE, 16 novembre 2004, affaire *Anheuser-Busch Inc.*, C-245-02,

2006 : CJCE, 13 juillet 2006, Roche c. Primus, C-539/03

2007 : CJCE, 11 septembre 2007, *Merck Genericos Produtos Farmaceuticos*, C-431/05

OEB

1981 : OEB, Dispositif de contrôle à Courant de Foucault, 1981, T15/81, JOOEB, 1982, p.2

OEB, 20 octobre 1981, T08/81, BD 1983, III, n°T.11

1982 : OEB, 1982, T22/82, JOOEB 1982, p.98

1983 : OEB, Dispositif d'enregistrement vs IBM, 22 juin 1983 T113/82, JO OEB 1984, p.10

1984 : OEB, Comprimé de Simethicone/Rider, 1984, T2/83, JOOEB, 1984, p.265

OEB, Appareil Auditif/Bosch, 1984, T109/82, JOOEB, 1984, p.473

1985 : OEB, Catalyseur Redox, 1985, T171/84, JOOEB 1986, p.95

1986 : OEB, Vicom Digital Image Processing, 1986, T208/85, JOOEB 1987, p.14

OEB, 29 juin 1986, T154/87, non publié

1988 : OEB, IBM Data processor network, 1988, T6/83, JOOEB 1995, p.5

1991 : OEB, 1991, T219/90, non publié

1992 : OEB, Finnegan, 1992, T677/91, JO OEB ed. spéciale, p.43

1993 : OEB, IBM, 1992, T854/90, JOOEB 1993, p.559

OEB, 1993, T605/91, JOOEB 1994, p.43

OEB, 23 juillet 1993, T650/90, non publié

1994 : OEB, Howard Florey Institute, 1994, T272/95, JOOEB 1995, p.388

2000 : OEB, 2000, T931/95, JOOEB 2001, p.441

OEB Pension benefit system partnership, 2000, T931/95, JOOEB 2001, p.441

2004 : OEB, Méthode d'enchère Hitachi, 2004, T258/03, JOOEB 2004, p.575

OEB, 2004, T890/02, JOOEB 2005, p.497

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

OUVRAGES, TRAITES ET THESES

ABBOTT F.-M. et GERBER D., « Public policy and global technological integration », Kluwer, 1997

ADELMAN M.-J., « Cases and Materials on patent law », St Paul Thomson West, 2003

AGO R., « Deuxième rapport sur la responsabilité internationale des Etats », Ann. CDI, 1970, vol.2

AGOSTINI E., « Droit comparé », Presses Universitaires de France, 1988

AMIN S.-H., « Law of Intellectual Property in developping Countries : Muslim World », Scotisch Institute of International and Comparative Law, 1993

ANFOSSI-DIVOL J., « L'usage et l'enregistrement, éléments essentiels de l'harmonisation du droit des marques », Presses universitaires de Strasbourg, 2003

ARNAUD C., « Les principaux droits de propriété intellectuelle en Russie », IRPI, 1995

ATIGHETCHI D., « Islamic bioethics : problems and perspectives », David N. Weisstub et al. Eds., 2007

AZMI A.-G., « Intellectual property law and Islam in Malaysia », Queen Mary & Westfield College, 1995

BADIE B., « L'Etat importé : essai sur l'occidentalisation de l'ordre politique », Fayard, 1992

BAIROCH P., « Le tiers-monde dans l'impasse », Gallimard, 1971

BAIROCH P., « Mythes et paradoxes de l'histoire économique », La découverte, 1994

BASS S.-P. et RUIZ MULLER M., « Protecting biodiversity : national laws regulating access to genetic resources in the Americas », IDRC, 1999

BAXTER J.-W., « World patent law and practice », Sweet and Maxwell, 1968

BELAICHE R., « Le nouveau droit des relations commerciales multilatérales : l'OMC et l'immatériel », Université de Montpellier, 2000

BELAÏD S., « Islam et droit, une nouvelle lecture des versets prescriptifs du Coran », Centre de Publication Universitaire, 2000

BENAMOU V.-L. et VARET V., « La codification de la propriété intellectuelle », La documentation française, 1998

BENTHAM J., « Traité de législation civile et pénale », tome III, Bessange Masson et Besson, 1820

BERESFORD K., « Patenting software under the European patent convention », Sweet & Maxwell, 2000

BERNAULT C. et CLAVIER J.-P., « Dictionnaire de droit de la propriété intellectuelle », Ellipses, 2015

BHAGWATI J., « Protectionism », MIT Press, 1988

BHAGWATI J., « Free Trade Today », Princeton University Press, 2002

BOISVERT V., « Biodiversité et théorie économique des droits de propriété : une mise en perspective des négociations entourant la Convention sur la diversité biologique », Université de Versailles, 2000

BOODMAN M., « the myth of harmonisation of laws », Association canadienne de droit comparé et association Québécoise de droit comparé, 1992

BOSSUNG O., « Erfindung und Patentierbarkeit im Europäischen Patentrecht », Mitt., 1974

BOUDHIAF M. et SIROEN J.-M., « Ouverture et développement économique », Economica, 2001

BOULOUIS J., « Droit institutionnel de l'Union Européenne », Montchrétien, 1997

BOURRINET J., « La coopération économique eurafricaine », PUF, 1976

BOZICEVIC K., « Distinguish products of nature from products derived from nature », JPTOS, 1997

BRETON-LE-GOFF G., « L'influence des organisations non-gouvernementales sur la négociation de quelques instruments internationaux », Bruylant, 2001

CAILLOT J., « Le CAEM, aspects juridiques et formes de coopération économique entre les pays socialistes », LGDJ, 1971

CANAL-FARGUES E., « Le règlement des différends à l'OMC », Bruylant, 2010

CARBONNIER J., « Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur », LGDJ, 2000

CASTETS-RENARD C., « Notions à contenu variable et droit d'auteur », L'Harmattan, 2004

CHEHATA C., « Etudes de droit musulmans : la notion de responsabilité contractuelle, le concept de propriété », PUF, 1973

CHEIKBOSSIAN G., « Economie politique de la désintégration », EHESS, 1997

CLARCK K. et ATTRIDGE I., « Protecting the biodiversity of the Americas legal and policy mechanisms concerning genetic resources in Canada », The Canadian Institute for environmental law and policy, 1997

CLAVIER J.-P., « Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques », L'Harmattan, 1998

COMBACAU J. et SUR S., « droit international public », Montchrétien, 2012

CONFORTI B., « International law and the role of domestic legal system », Kluwer, 1993

Conseil international du droit musulman, « Quararat wa tawsiyat majmaa alfiqh al'Islami [Les décisions et les recommandations du Conseil islamique de jurisprudence] », Dar Alqualan, 1988

CORREA C., « Implementing the TRIPs Agreement : general context and implications for developing countries », Third World Network, 1998

CORREA C., « Intellectual Property Rights, the WTO and developing countries : the TRIPs Agreement and policy options », Third World Network, 2000

CORREA C., « Droit de la propriété intellectuelle et licences obligatoires : options pour les pays en développement », Centre Sud, 2002

CORREA C., « Implications de la Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique adoptée à Doha », OMS – série Economie de la santé et médicaments, 2002

COUTURE M., DUBE M. et MALISSARD P., « Propriété intellectuelle et Université : entre la libre circulation des idées et la privatisation des savoirs », Presse Universitaires du Québec, 2010

CUTLER C., « Private power and global authority : transnational merchant law in the global political economy », Cambridge University Press, 2003

DE MEER D., « Brevet, santé publique et accès aux médicaments essentiels – une fin du droit ? », Bruylant, 2011

DE MELO J. et PANAGARIYA A., « New dimensions in regional integration », Cambridge University Press, 1993

DEBLOCK C., « L'Organisation Mondiale du Commerce : où s'en va la mondialisation ? », Fides-Le Presse, 2002

DEBLOCK C., « Régionalisme, multilatéralisme et nouvel ordre international : la ZLEA comme modèle institutionnel », CEIM-UQAM, 2003

DEBLOCK C., « Le libre-échange et les accords de commerce dans la politique commerciale des Etats-Unis », CEIM-UQAM, 2004

DEBLOCK C., « Nouveau régionalisme ou régionalisme à l'américaine ? Le cas de l'investissement », CEIM-UQAM, 2005

DEBLOCK C., « Régionalisme économique et mondialisation : que nous apprennent les théories ? », CEIM-UQAM, 2005

DEBLOCK C., « Le bilatéralisme commercial des Etats-Unis », CEIM-UQAM, 2008

DEERE C., « The Implementation Game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries », Oxford University Press, 2008

DELCOURT D., « Recherches sur l'évolution du droit international des brevets de médicaments : vers l'insertion du modèle européen de droit pharmaceutique dans le système commercial multilatéral », Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2010

DELMAS-MARTY M., « Trois défis pour un droit mondial », Seuil, 1998

DELMAS-MARTY M., « Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit », société de législation comparée, 2003

DELMAS-MARTY M., « Critique de l'intégration normative », PUF, 2004

DESTLER I., « American trade Politics », Institute for International Economics of New York, 2005

DEZHINA I., « Où sont ? Où vont les scientifiques russes ? Ressources humaines et politique de la recherche en Russie », Russie Cei. Visions n°4, juin 2005

DOUSSO-YOVO B., « L'accès aux ressources biologiques dans les rapports Nord-Sud », L'Harmattan, 2008

DRAHOS P. et BRAITHWAITE J., « Global business regulation », Oxford University Press, 2000

DRAHOS P., « Philosophy of intellectual property », Dartmouth, 1996

DRAHOS P., « Developing countries and international intellectual property standard-setting », The Royal Society : Commission of intellectual property rights, 2002

DRAHOS P., « Death of patents », Queen Mary Institute, 2005

DUTFIELD G., « Intellectual property rights, trade and biodiversity : seeds and plant variety », The World Conservation Union, 2000

ELST M. et MALFLIET K., « Intellectual Property in the Russian Federation : a system in transition », Bruylant, 1994

EMINESCU Y., « La protection des inventions dans les pays socialistes européens », LGDJ, 1977

FERNANDEZ-NOVOA C., OTERO LASTRES O.-L. et BOTANA AGRA M., « Manual de la propiedad industrial », Marcial Pons, 2009

FINK C. et REICHENMILLER P., « Tightening TRIPs : the intellectual property provisions of recent US free trade agreements », Banque Mondiale, 2005

FLORY M., « Droit international du développement », PUF, 1977

FRANCK T., « The power of legitimacy among nations », Oxford University Press, 1990

FRANCHETEAU M., « Commerce international des biotechnologies végétales et conservation de la diversité biologique », Université de Nantes, 2008

FRANKEL J.-A., « Regional trading blocs in the world economic system », Institute for International Economics, 1997

FREYSSINET J., « Le concept de sous-développement », Mouton et c°, 1966

GADBAW R.-M. et RICHARDS T.-J., « Intellectual property rights – Global consensus, global conflict ? », Westview Press, 1988

GAGNE G., COTE R. et DEBLOCK C., « Les récents accords de libre-échange conclus par les Etats-Unis : une menace à la diversité culturelle », Institut d'études internationales de Montréal, 2004

GALVEZ BEHAR G., « Les empires et leurs brevets, XIXe – XXe siècle », HAL, 28 juin 2013

GATHII J.-T., « The legal status of the Doha Declaration on TRIPs and public health under the Vienna Convention on the law of treaties », 15 Harvard Journal of Law and technology 292, 2002

GAZIBO M. et JENSON J., « La politique comparée : fondements, enjeux et approches théoriques », Les presses de l'Université de Montréal, 2004

GERVAIS D., « The TRIPs Agreement : drafting history and analysis », Sweet and Maxwell, 2003

GERVAIS D., « L'Accord sur les ADPIC », Larcier, 2010

GODINEC P.-F., « Les droits africains, évolution et sources », Paris, 1968

GOLDSTEIN P., « Copyright, patent, trademark and related state doctrines », University Casebook Series, 1990

GRANNELL F., « La coopération au développement de la Communauté Européenne », Editions de l'Université de Bruxelles, 2005

GRUBB P.-W., « Patents of chemicals, pharmaceuticals and biotechnology : fundamentals of global law, practice and strategy », Oxford University Press, 1999

HABEED M., « Power and tactics in international negotiations : how weak nations bargains with strong nations », Johns Hopkins University, 1988

HALBERT D. « Resisting intellectual property », Routledge, 2005

HEINEMANN A., « Trade-related aspects of intellectual property rights : report on the 9th Ringberg Symposium from July 6 to 8, 1995, in From GATT to TRIPS – The agreement on Trade-Related Aspects of intellectual property rights », Max Planck Institute, 1996

HESTERMEYER H., « Human rights and the WTO : the case of patents and Acces to Medicines », Oxford University Press, 2007

HIANCE M. et PLASSERAUD Y., « Brevets et sous-développement », Librairies Techniques, 1972

HIANCE M. et PLASSERAUD Y., « La protection des inventions en Union Soviétique et dans les Républiques populaires d'Europe », Librairies Techniques, 1969

HIRSHHORN R., « l'investissement étranger direct et les politiques d'encadrement du marché : réduire les frictions dans les politiques axées sur la concurrence et la propriété intellectuelle au sein de l'APEC », Industrie Canada, 1996

HOWSE R. et MAKAU M., « Protection des droits humains et mondialisation de l'économie : un défi pour l'OMC », International Center for Human Rights and Demoncratic Development, 2000

IDRIS K., « Intellectual property : a power tool for economic growth », Genève, 2002

IOFFE O.-S., « Soviet civil Law : the impact of Perestroïka on Soviet Law», Albert J. Schmidt Ed., 1988

Islamic Fiqh Academy, «Resolutions an recommendations of the Council of Islamic Fiqh Academy », Résolution n°43, 2000

JACKSON J.-H., « Sovereignty, the WTO and changing fundamentals of international law », Cambridge University Press, 2006

JAFFE A.-D. et LERNER J., « Innovation and its discontents », Princeton University Press, 2004

JAFFRELOT C., « L'enjeu mondial : les pays émergents », Presses de Sciences Po, 2008

KATZAROV K., « Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht der UdSSR und des Volksdemokratien Europas », Verlag Chemie, 1960

KEOHANE R. et NYE J., « Power and Interdependence », Haper Collins, 1989

KHAVAND F.-A., « Le nouvel ordre commercial mondial, du GATT à L'OMC », Nathan, 1995

KIEFFER B., « L'organisation Mondiale du Commerce et l'évolution du droit international public », Larcier, 2008

KIM D.-J., FERRIN D.-L. et RAO H.-R., « A study of the effect of consumer trust on consumer expectations and satisfaction : the korean experience », ICEC '03 proceeding of the 5th international conference on electronic commerce, 2003

KLEMET-NGUESSAN K., « La propriété intellectuelle et les négociations commerciales de l'Uruguay Round », Atelier national de reproduction des thèses, 1995

KRAZNAY D., « Les résultats de la collaboration des pays du COMECON en matière d'inventions », La propriété industrielle, septembre 1966, pp.90-105

KRIFA-SCHNEIDER H. et BAUDOUIN N., « Dynamique et déterminants des IDE en Russie », Innovations Cahiers d'économie de l'innovation, 2007, n°26

KUMAR V. et MAGUN S., « Le rôle des consortiums de R-D dans le développement de la technologie », Industrie Canada, 1994

LAHIRI S., « Regionalism and globalization : theory and practice », Routledge, 2001

LANDAU A., « Conflits et coopération dans les relations économiques internationales : le cas de l'Uruguay Round », Bruylant, 1996

LAVALLE S., « Les relations Nord-Sud dans la Convention internationale sur la biodiversité », Université de Laval, 1998

LESAFFRE H., « Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale », LDGJ, 2009

LESTI M. et PENGELLY T., « Institutional issue for developing countries in intellectual property policymaking, administration and enforcement », The Royal Society : Commission on Intellectual Property Rights, 2002

LONG D., « The Continuation of the Geographic Boundaries of Empire in the New Digital Order », International Society for the History and Theory of Intellectual Property Workshop, 2010

LORENZI J.-H., « L'innovation au cœur de la nouvelle croissance », Economica, 2009

LOUAFI S. et MORIN J.-F., « Gouvernance internationale de la biodiversité : comment intégrer les utilisateurs de ressources génétiques », Institut du développement durable et des relations internationales, 2004

LUCAS A., « La protection des créations industrielles abstraites », Librairies Techniques, 1975

LUCAS A. et LUCAS H.-J., Traité de propriété littéraire et artistique, Litec, 2012

LUKES S., « Power : a radical view », MacMillan, 1974

MACKAAY E. et ROUSSEAU S., « Analyse économique du droit », Thémis, 2008

MACKAAY E., « Nouvelles technologies et propriété », Thémis, 1991

MALJEAN-DUBOIS S., « Le spectre de l'isolation clinique : quelle articulation entre les règles de l'OMC et les autres instruments et principes internationaux ? », Taiwan University, 2007

MATHELY P., « Le nouveau droit français des brevets d'invention », édition du JNA, 1991

MATTHEWS D., « Lessons from negotiating an amendment to the TRIPS Agreement : compulsory licensing and access to medicines », in « Emerging issues in intellectual property-trade, technology and market freedom : essays in honour of Herchel Smith », Edward Elgar, 2007

MATTHEWS D., « Globalising Intellectual Property Rights : the TRIPs Agreement », Routledge, 2002

MAY C., « The global political economy of intellectual property rights : the new enclosures ? », Routledge, 2000

MAYNE R., « Regionalism, bilateralism, and TRIP plus agreements : the threat to developing Countries », PNUD, 2004

MENIERE Y., « Accord ADPIC et transferts de technologies », Rapport pour le séminaire « Accord ADPIC : 10 ans après – regards croisés Europe-Amérique Latine » de l'Association Internationale de droit Economique, Centre d'Economie Industrielle, 2005

MONCAYO VON HASE A., « The application and interpretation of the TRIP in intellectual property and international trade », Kluwer Academic Publishers, 1998

MORERA E., « Gramsci's historicism : a realist interpretation », Routledge, 1990

MORIN J.-F., « La Convention sur la diversité biologique et l'Accord sur les ADPIC : un débat Nord/Sud sur la propriété des ressources phytogénétiques », Institut Québécois des Hautes Etudes Internationales, 2002

MORIN J.-F., « La convention sur la diversité biologique : partage des avantages et respect de la propriété intellectuelle », Observatoire sur la génétique, 2003

MORIN J.-F., « Le bilatéralisme américain, la nouvelle frontière du droit international des brevets », Larcier, 2007

MOSSINGHOFF G.-J., « Unfair Foreign Trade Practices : hearings before the Subcomm. on oversight and investigations of the House comm. on Energy and Commerce », 101st Cong. 1st Sess, 1989

MOUSSERON J.-M., « Traité des brevets », Librairies techniques, 1984

NARLIKAR A., « International trade and developing countries : bargaining coalitions in the GATT and WTO », Routledge, 2003

NGO MBEM S., « l'intérêt général et la protection des médicaments par le brevet dans les pays en développement », Centre d'études Internationales de la propriété industrielle, 2003

NOIVILLE C., « Ressources génétiques et droit : essai sur les régimes juridiques des ressources génériques marines », Ed. Pedone, 1997

NOLFF M., « Implications of the TRIPS Agreement in the field of Patent Law, in From GATT to TRIPS », Max Planck Institute, 1996

NYE J., « The paradox of american power : why the world's only superpower can't go it alone », Oxford University Press, 2002

O'BRIEN R., « Finance and the international economy », Oxford University Press, 1991

OGUAMANAM C., « International law and indigenous knowledge : intellectual property, plant biodiversity and traditional medicine », University of Toronto Press, 2006

PELLET A., « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », Académie du droit international de La Haye, 2007

PENGELLY T., « Technical Assistance for the formulation and implementation of intellectual property policy in developing countries and transition economies », ICTSD, 2005

POLAUD R., « L'implication des ONG dans les débats des OIG, le cas de l'aménagement des droits de propriété intellectuelle par l'OMC, l'OMS, l'OMPI entre 1996 et 2006 », Université de Grenoble, 2012

POLLAUD-DULIAN F., « La brevetabilité des inventions – Etude comparative de jurisprudence France/OEB », IRPI, 1997

POSEY D. et DUTFIELD G., « Le marché mondial de la propriété intellectuelle : droits des communautés traditionnelles et indigènes », Centre de recherches pour le développement international, Fonds Mondial pour la Nature, 1997

PRICE D., « The development of Intellectual Property regimes in the Arabian Gulf States », Routledge-Cavendish, 2009

REMICHE B. et CASSIERS V., « droit des brevets d'invention et du savoir-faire », Larcier, 2010

REMICHE B. et KORS J., « L'accord sur les ADPIC : dix ans après », Larcier, 2007

REMICHE B., « Brevet, Innovation et Intérêt général », Larcier, 2007

RICHARDS D.-G., « Intellectual Property Rights and global capitalism : the political economy of the TRIPs agreement », M.E. Sharpe, 2004

RIOUX M., « Globalisation et pouvoir des entreprises », Athéna Éditions, 2005

RODINSON M., « Marxisme et monde musulman », Paris, 1972

RONDIERE P., « Rendez-vous en 1980 : la science et la technique au secours du tiers-monde », Population, 25^e année, n°2, 1970

ROSA B., « Le certificat d'auteur d'invention dans le droit algérien », mémoire du CEIPI, non daté.

ROUBIER P., « Le droit de la propriété industrielle », Editions du Recueil Sirey, t.II, 1954

ROUX-VAILLARD S., « Jurisprudences française et américaine comparées en matière de conditions de brevetabilité », Presses universitaires de Strasbourg, 2003

RUEBNER J., « Us-Jordan free trade agreement », CRS Report for Congress, 2001

SACCO R., « Le droit africain. Anthropologie et droit positif », Dalloz, 2009

SANDRETTO R., « Commerce international », Armand Colin, 1995

SAXENIAN A., « Regional Advantage : culture and competition in Silicon Valley and Route 128 », Harvard University Press, 1994

SAXENIAN A., « The new argonauts : regional advantage in the global economy », Harvard University Press, 2006

SCHMIDT-SZALEWSKI J. et PIERRE J.-L., « droit de la propriété industrielle », Litec, 2007

SELL S.-K., « Private power, public law : the globalization of intellectual property rights », Cambridge University Press, 2003

Service de la formation permanente du Barreau du Québec, « Développements récents en droit de la propriété intellectuelle », vol.157, Editions Yvon Blais, 2001

SHADLEN K., « Policy Space for development in the WTO and beyond : the case of intellectual property rights », Global Development and Environment Institute, 2005

SIROEN J.-M., « La régionalisation de l'économie mondiale », La Découverte, 2004

SOW M.-N., « La pertinence de l'obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevets », Université de Montréal, 2011

STEWART T.-P., « The GATT Uruguay Round : a negotiating history (1986-1992) », Kluwer, 1993

STIGLITZ J., « Globalization and its discontents », Norton and Cie, 2003

STRAUSS J., « Implications of the TRIPS Agreement in the field of patent law, in GATT to TRIPS – The agreement on Trade-Related Aspects of intellectual property rights », Max Planck Institute, 1996

STROWEL A. et DERCLAYE E., « Droit d'auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimedia », Bruylant, 2001

TAKACH G.-F., « Patents : a Canadian compendium of law and practice », Edmonton Juriliber, 1993

VAN DER HAEGHEN M., « brevets d'invention, marques et modèles », Larcier, 1928

VAN OVERWALLE G., « Patent law, ethics and biotechnology », Bruylant, 1998

VANEL G., « Le concept d'hégémonie en économie politique internationale », Economie politique internationale, avril 2003

VELONTRASINA J., « Introduction au droit de la propriété industrielle malgache », mémoire du CIDST, 1993

VIVANT M., « Les créations immatérielles et le droit », Ellipses, 1997

VIVANT M., « Protéger les inventions de demain. Biotechnologies, logiciels et Méthodes d'affaire », La Documentation Française, 2003

VIVIEN F.-D., « Economie et écologie », La découverte, 1994

VOUMARD J., « Commonwealth public inquiry into access to biological Resources in Commonwealth areas, Commonwealth of Australia », Rapport du gouvernement australien, 2000

WELLISZ S., « Initiation aux économies socialistes », Ed. Economie et Humanisme, 1968

WESTERLUND L., « Biotech Patents : Equivalents and exclusion under European and US patent law », Kluwer, 2002

WYNBERG R., SCHROEDER D. et CHENNELLS R., « Indigenous peoples, consent and benefit sharing : lessons from the san-hoodia case », Springer Press, 2009

ZARTMAN W., « The Structure of negotiation, in International negotiation: analysis, approaches, issues », San Francisco Jossey-Bass, 2002

ZHANG S., « De l'OMPI au GATT : la protection international des droits de la propriété intellectuelle », Litec, 1994

ARTICLES

ABBOTT F.-M., « Protecting wirst World assets in the third world : intellectual property in the GATT multilateral framework », Vanderbilt Journal of Transnational Law, 1989, vol.22, pp. 712-720

ABBOTT F.-M. : « TRIPs in Seattle : the not-so-surprising failure and the future of the TRIPs agenda », 18 Berkeley Journal of International Law 165, 2000

ABBOTT F.-M., « Toward a new era of objective assessment in the field of trips and variable geometry for the preservation of multilateralism », 8 Journal of international economic law 77, 2005

ABBOTT F.-M., « The WTO medecines decision : world pharmaceutical trade and the protection of public health », 99 American Journal of International Law 317, 2005

AIPPI, « Juridiction et loi applicable en cas de contrefaçon transfrontalière (actes de contrefaçon) des droits de propriété intellectuelle », 25-28 octobre 2003, Question 174

ALLISON J.-R. et LIANLIAN L., « The evolution of chinese attitudes toward property rights in invention and discovery », 20 Journal of International Economic Law 735, 1999

AOKI K., « Neocolonialism, anticommons property and biopiracy in the new world order in intellectual property protection », 6 Indiana Journal of Global Legal Studies 11, 1998

ARHEL P., « l'accord de libre-échange entre l'Union Européenne et la Corée », propriété industrielle, juin 2010, pp. 9-13

ATHAR S., « Enhancement technologies and the person : an Islamic view », 36 J.L. Med. & Ethics 59, 2008

AZMI A.-G., « Basis for the Recognition of Intellectual Property in the Light of the Shariah », 27 International Review of Intellectual Property and Competition Law 649, 1996

BAEV A.-A., « Recent changes in Russian intellectual property law and their effect upon the protection of intellectual property rights in Russia », 19 Suffolk Transnat'l L 361, 1996

BAGLEY M., « Legal movements in intellectual property : TRIPs, unilateral action, bilateral agreements, and HIV/aids », 17 Amory International Law Review 781, 2003

BAKELS R.-B., « softwareoctrooien : een vanzelfsprekendheid of een gevaarlijk ontaarding ? », Computerrecht, 2002, pp. 347-352

BALDWIN R.-E., « The causes of regionalism, World Economy », 1997, vol.20, pp. 865-887

BARTENSTEIN K., « L'article XX du GATT : le principe de proportionnalité et la concordance concrète entre le commerce et l'environnement », Les Cahiers du droit, 2002, vol. 43, pp. 651-684

BAXTER J.-W., SINNOTT J.-P., et COTREAU W.-J., « World patent law and practice », Matthew Bender, 1998, pp. 1-41 à 1-54

BEEVER A., « The Structure of Aggravated and Exemplary Damages », 23 Oxford Journal of Legal Studies 87, 2003

BELLO J.-H., « Some practical observations about WTO Settlement of intellectual property disputes », 37 Virginia Journal of International Law 357, 1997

BERKOWITZ D., PISTOR K. et RICHARD J.-F., « The transplant effect », 51 American Journal of Comparative Law 163, 2003

BHAGWATI J., « Protectionism, old wine in new bottles », Journal of Policy Modelling, 1985, pp. 22-23

BILZI C., « Toward an Intellectual Property Agreement in the GATT : View from the Private Sector », Georgia Journal of International and Comparative law, 1989, pp. 343-351

BOGUSLAVSKII B.-H., « New Soviet Patent Law », 1 Sov. & E. Eur. Bus. L. Bull. 11, 1991

BOND P., « Globalisation, pharmaceutical pricing and south african health policy », 29 International Journal of Health Sciences 765, 1999

BORLAND H.-A., « The affirmative Duty to exercise due care in willful patent infringement -cases : we still want it », Houston Business and Tax Law Journal, 2005, pp. 175-204

BOURCIER D., « Argumentation et définition et droit ou 'les grenouilles sont-elles des poissons ?' », Langages, 1976, vol.10, pp. 115-124

BRIMELOW A., « Does intellectual Property Need a New Set of Wheels ? », EIPR, 2001, p. 44-8

BURCH K., « Intellectual Property Rights and the culture of global liberalism », Science Communication, 1995, vol.17, pp. 214-232

CAPORASO J., « International relations theory and multilateralism : the search for foundations », International Organization, vol.46, n°3, pp. 599-632

CASSIER M., « Brevets de médicaments, luttes pour l'accès et intérêt public au Brésil et en Inde », Cahiers de l'innovation, 2010/2, pp. 109-127

CHANDLER M., « The biodiversity convention selected issues of interest to the international lawyer », 4 Colorado Journal of International Environmental Law and Policy 141, 1993

CHARNOVITZ S., « the legal status of the Doha Declarations », 5 Journal of international economic law 207, 2002

CHEEK M., « The limits of informal regulatory cooperation in international affairs : a review of the global intellectual property regime », George Washington International Law Review, 2001, vol.33, pp. 277-323

CLARCK T.-L., « The future of patent-based investigations under section 337 after the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 », American University Law Review, 1989, vol.38, p. 1154

COHEN J.-E. et LEMLEY M.-A., « Patent Scope and Innovation in the Software Industry », California Law Review, janvier 2001, pp. 1-57

COMBANAU J., « Pas une puissance, une liberté : la souveraineté internationale de l'Etat », Pouvoirs, n°67, 1993, pp. 47-58

COMBE E. et PFISTER E., « le renforcement international des droits de propriété intellectuelle », Economie Internationale, 2001, vol.85, pp. 63-81

COOMBE R.-J., « Cultural and intellectual property : occupying the colonial imagination », 16 Political and Legal Anthropology Review 6, 1993

CORREA C., « Intellectual property rights and foreign direct investment », 10 International Journal of Technology Management 173, 1995

CORREA C., « Bilateralism in intellectual property : defeating the WTO system for access to medicines », 36 Case Western Reserve Journal of Intellectual Law 79, 2004

COURTOIS J.-P., « Loi et action de la loi dans l'Esprit des lois », Revue Montesquieu, 1998, n°4, pp. 27-48

DELMAS-MARTY M. et IZORCHE M.-L., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », RIDC, 2000, pp. 753-780

DEMIRAY D., « Intellectual Property and the external power of the European Community : the new extension », 16 Michigan Journal of International Law 187, 1994

DESROCHE H., « Religion et développement. Le thème de leurs rapports réciproques et ses variations », Archives des sciences sociales des religions, 1962, vol.12, pp. 3-34

DHOMMEAU J., « Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme », AFDI, 1995, vol.41, pp. 447-468

DOHANE M., « TRIPs and international intellectual property protection in the age of advancing technology », 9 The American University Journal of International Law and Policy 465, 1994

DRAHOS P., « Information feudalism in the information society », The information society, 1995, pp. 209-222

EL SAID M., « The road from TRIPs minus, to TRIPs, to TRIPs plus : implication of IPRs for the arab world », 8 Journal of World Intellectual Property 53, 2005

EL SAID M. et EL SAID H., « TRIPs, bilateralism, multilateralism and implication for developing countries : Jordan's drug sector », 2 Manchester Journal of International Economic Law 59, 2005

EVANS G., « Intellectual property as a trade issue : the making of the agreement on TRIP », 18 World Competition Law and Economic Review 137, 1995

FACCHINI F., « Entrepreneur et croissance économique : développements récents », Revue d'économie industrielle, 2007, pp. 55-84

FADEL M., « Islam and the new Genetics », 13 St. Thomas L. Rev. 901, 2001

FAN J., « The dilemma of China's intellectual property piracy », 4 UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs 207, 1999

FARUQ AHMAD A-U., « Shariah maxims and their implications on modern financial transactions », 6 J. Islamic Econ. Banking And Fin. 75, 2010

FEINBERG R., « The political economy of United States' free trade arrangement », The World Economy, 2003, vol.26, pp. 1019-1040

FERRON D., « L'ordonnance Anton Piller : nature, exécution, application particulière en matière de saisies de données informatiques », Revue du barreau (Québec), tome 64, 2004, pp. 313-382

FEUER G., « L'Uruguay Round, les pays en développement et le droit international du développement », AFDI, 1994, pp. 758-775

FLORY T., « Chronique de droit international économique », AFDI, 1986, pp. 603-662

FRYE D., « Vietnam's contemporary battle with the United States : vying for most favored nation trading status », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1996, vol.29, pp. 777-815

GAISFORD J.-D. et RICHARDSON S., « The TRIPs disagreement : should GATT traditions have been abandoned ? », *The Estey Center Journal of International Law and Trade Policy*, 2002, vol.1, n°2, pp. 137-170

GATHII J.-T., « The structural power of strong pharmaceutical patent protection in US foreign policy », *The journal of gender, Race and justice*, pp. 267-313

GEIGER C. et HILTY R., « Breveter le logiciel ? Une analyse juridique et socio-économique », *propriétés intellectuelles*, 2005, pp. 296-312

GELLER P.-E., « Le brevet international : une utopie ? », *propriétés intellectuelles*, janvier 2004, n°10, pp. 503-513

GERHART P.-M., « Reflections : beyond compliance theory – TRIPs as a substantive issue », *32 Case Western Reserve Journal of International Law* 357, 2000

GERHART P.-M., « The triangulation of international intellectual property law : cooperation, power and normative welfare », *38 Case Western Reserve Journal of International Law* 1, 2004

GERVAIS D., « The internationalization of intellectual property : new challenges from the very old and the very new », *12 Fordham Intellectual property, Media and Entertainment Law Journal* 929, 2002

GHANOTAKIS E., « Access to Medicines for developing Countries », *Journal of World Intellectual Property*, 2004, vol.7, pp. 563-591

GILSON R., « The legal infrastructure of high technology industrial districts : Silicon Valley, Route 128, and covenants not to compete », *74 NYU Law Review* 575, 1999

GIUST J.-E., « Non-compliance with TRIPs by developed and developing Countries : is TRIPs working ? », *8 Indiana International and Comparative Law Review* 69, 1997

GRALL J.-C. et LAUR-POUEDRAS E., « De la réparation-compensation », *La revue des marques*, juillet 2009, pp. 67-68

GRAVESON R.-H., « De l'influence de la Common Law sur les systèmes de droit civil existant dans le Commonwealth britannique », *Revue Internationale de Droit Privé*, 1953, pp. 658-671

GRUBER L.-L., « Power politics and the free trade bandwagon », *34 Comparative Political Studies* 703, 2001

GUZMAN A.-T., « Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them : Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties », *Virginia Journal of International Law*, 1998, p. 639

HAAS, E.-B., « Why collaborate ? Issue-linkage and international regimes », *World Politics*, vol.32, n°3, pp. 357-405

HAMILTON M.-A., « The TRIPS Agreement : imperialistic, outdated, and overprotective », *29 Vanderbilt Journal of transnational law* 613, 1996

HEILFER L.-R., « Mediating interactions in an expanding international intellectual property regime », *36 Case Western Reserve Journal of International Law* 123, 2004

HEILFER L.-R., « Regime shifting : the TRIPs Agreement and new dynamics of international intellectual property lawmaking », *29 Yale Journal of International Law* 1, 2004

HIRA A. et COHN T., « Toward a theory of global regime governance », *22 International Journal of political economy* 4, 2003

HOEN E., « Public health and international law : TRIPs, pharmaceutical patents and access to essential medicines, a long way from Seattle to Doha », *Chicago journal of International law*, 2002, vol.3, pp. 38-41

IKENBERRY J., « Conclusion : an historical approach to american foreign economic policy », *International Organization*, 1988, vol. 42, pp. 219-243

IKENBERRY J. et KUPCHAN C., « Socialization and hegemonic power », *International organization*, 1990, vol.44, n°3, pp. 283-315

IVES P.-M., « Negotiating global change : progressive multilateralism in trade and telecommunications talks », *International Negotiation*, 2003, vol.8, pp. 43-78

JACQUEMIN A. et SAPIR A., « Europe post-1992 : internal and external liberalization », *the American economic review*, 1991, pp. 166-170

JAMAR S.-D., «The protection of intellectual property under Islamic law », *21 Cap. U. L. Rev.* 1079, 1992

JANSSENS M.-C., « Bescherming van computerprogramma's : (lang) niet alleen maar auteursrecht », *RDC*, 1998, pp. 420-437

KAGAN R., «Power and weakness : why the United States and Europe see the world differently », *Policy Review*, n°113, 2002, pp. 3-28

KELEMEN D. et SIBBITT E., « The globalization of american law », *International organization*, 2004, vol.58, pp. 103-136

KEREVER A., « La règle du traitement national ou le principe de l'assimilation », *RIDA*, octobre 1993, pp.133-139

KESSLER M., « L'internationalisation des droits intellectuels », *1994 Int'l Bus. L.J.* 805, 1994

KLATZMANN J., « L'originalité de l'économie yougoslave », *Revue économique*, 1957, n°3, pp. 476-489

KOLEV S., « Lettre de Bulgarie », *Propriété Industrielle*, 1948, pp. 137-139

KRUGMAN P., « Increasing returns and economic geography », *Journal of Political Economy*, 1991, pp. 483-499

KUMAR N., « Intellectual property rights, technology and economic development : experiences of Asian countries », *Economic and political weekly*, 2003, vol.38, n°3, pp. 209-226

LACROIX S.-J. et KAWAURA A., « Korea's pharmaceutical industry », *International Economic journal* 10, 1996, pp. 109-124

LAI E. et QUI L., « The North's intellectual property rights standard for the South ? », *Journal of Intellectual Economics* 183, 2003

LAMY P., « TRIPs : ten years later », *38 Journal of World Trade* 923, 2004

LAPERCHE B., « Le système national d'innovation russe en restructuration. Réformes institutionnelles et politique industrielle », *Innovations*, 2007/2, pp. 69-94

LEEBRON D.-W., « The boundaries of the WTO : linkages », *96 American Journal of International Law* 5, 2002

LEGER J.-A., « Analyse et évolution des ordonnances Anton Piller et Mareva au Canada », *2 CPI* 377, 1990

LENOIR P.-E., « Comparaison du système de protection des logiciels et méthodes commerciales par le brevet en Europe et aux Etats-Unis : retour sur l'affaire Bilski v/s Kappos », *RLDI*, décembre 2011, pp. 18-22

LIOTARD I., « Les brevets sur les méthodes commerciales : état des lieux et perspectives économiques », *Propriétés Intellectuelles*, 2004, pp. 1-16

LIPHART A., « Comparative politics and the comparative method », *65 The American Political Science Review* 682, 1971

LOUREIRO OLIVIERA A., « La contrefaçon dans le monde : ici sévèrement punie, là amplement pardonnée », *RIPIA*, 2008-1, pp. 112-115

LUCYK S., « Patents, Politics and Public Health : access to essential medicines under the TRIPS Agreement », *38 Revue de droit d'Ottawa* 191, 2006

MACKAAY E., « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, 1979, vol.12, pp. 33-50

MALKAWI B.-H., « The alliance between Islamic law and intellectual property : structure and practice », *University of St Thomas Law Journal*, vol. 10, pp. 618-649

MARTIN L., « Interests, power and multilateralism », *International Organization*, 1992, vol.46, pp. 765-792

MATHELY P. et LAVOIX J., « L'activité inventive, condition de brevetabilité », *Ann.* 1956, pp. 276-286

MENARD C., « The economics of hybrid organizations », 160 *Journal of Institutional and theoretical economics* 345, 2004

MGBEOJI I., « Global biopiracy : Patent, Plants, and Indigenous Knowledge », *UBC Press*, 2006, p. 128

MILLER J., « A typology of legal transplants : using sociology, legal history and argentine examples to explain the transplant process », *American Journal of Comparative Law*, 2003, vol.51, pp. 839-885

MOON K., « Internet Patents : Classification and Justification », *CTRL*, 2001, pp. 99-103

MORIN J.-F., « Les accords de bioprospection répondent-ils aux objectifs de la Convention sur la biodiversité ? », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol34, pp. 308-343

MORIN J.-F., « Le droit américain des brevets : entre multilatéralisme et bilatéralisme américain », *Etudes internationales*, vol34, pp. 537-562

MORIN J.-F., « Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle », *Droit et Société*, 2004, vol.58, pp. 633-655

MORIN J.-F., « La divulgation de l'origine des ressources génétiques : une contribution du droit des brevets au développement durable », *Les cahiers de la propriété intellectuelle*, 2005, pp. 31-47

MUSCATI S., « Late payment in Islamic Finance », 6 *UCLA J. Islamic & Near E. L.*47, 2007

MUSKEY E., « Between citizen and State : the Soviet bar (advokatura) under Gorbachev », 28 *Colum. J. Transnat'l. L.*96, 1990, pp. 96-105

NADELMANN E., « Global prohibition regime : the evolution of norms in international society », *International Organization*, vol44, pp. 479-526

NASER M.-A. et MUHAISEN W.-H.: « Sharia : intellectual theft or intellectual infringement ? », 4 *J. INT'L Com. L. & Tech.* 71, 2009, pp. 71-74

OKEDIJI R., « Back to bilateralism ? Pendulum swings in international intellectual property protection », *University of Ottawa Law and technology Journal*, 2004, pp. 125-147

PANAGARIYA A., « International Trade », *Foreign Policy*, décembre 2003, pp. 20-28

PEETS L., « Criminal Sanctions Remain Complex », Copyright World Issue n°173, 2009, pp. 12-14

PERRY F.-V., « Shari'ah, Islamic Law and Arab Business Ethics », 22 Conn. J. Int'L L.357, 2007

PETILLION F., « Patentability of software. Status questionis. An incentive to be inventive », IRDI, 2004, pp. 201-225

PICK B., « Le droit de la propriété industrielle en Russie post-soviétique et la lutte contre la contrefaçon », Revue d'études comparatives Est-Ouest, vol.37, 2006, pp. 169-197

PILA J., « Dispute over the meaning of 'invention' in article 52(2) EPC – The Patentability of Computer-Implemented Inventions in Europe », International Review of Intellectual Property and Competition Law, 2005, pp. 173-191

PRETNAR S., « Lettre de Yougoslavie », Propriété Industrielle, 1961, n°9, pp. 216-218

PRICE D., « The US-Bahrain free trade agreement and intellectual property protection », 7 Journal of World Intellectual Property 829, 2004

PUTZAI D., « La coopération entre les pays socialistes membres du CAEM dans le domaine de la propriété intellectuelle », Propriété industrielle, août 1965, pp. 181-203

RAJSKI J.: « Le rapprochement et l'unification du droit dans le cadre du CAEM », Revue Internationale de droit comparé, 1976, n°3, pp. 461-473

RAVILLARD P., « La Décision du 30 août 2003 sur l'accès aux médicaments : une étape historique dans le processus des négociations de l'OMC », Propriétés intellectuelles, janvier 2004, n°10, pp. 529-536

REICHMAN J.-H., « Enforcing the enforcement procedure of TRIPS agreement », 37 Virginia Journal of International Law 335, 1997, pp. 336-337

REICHMAN J.-H., « From free riders to fair followers : global competition under the TRIPS », 9 New York University Journal of International Law and politics 11, 1996-1997, pp. 11-93

REIN J., « International governance through trade agreements : patent protection for essential medicines », Journal of international law and business, vol.21, 2001, pp. 379-408

RISSE T., « Let's Argue ! Communicative Action in World Politics », International Organization, 2000, vol.54, pp. 1-39

ROSENDAL K.-G., « Impacts of overlapping international regimes : the case of biodiversity », Global Governance, 2001, vol7, pp. 95-118

SCHIMDT-SZALEWSKI J., « Traits originaux du système de protection des inventions », Revue internationale de droit comparé, 1970, vol.22, n°3, pp. 506-515

SCHMIDT-SZALEWSKI J., « Nouveauté », J.-Cl. Brevet, fasc. 170, 1992

SEERATAN N.-N. « The negative impact of intellectual property patent rights on developing countries : an examination of the Indian pharmaceutical industry », St Mary's Law Review on Minority Issues, 2001, vol.3, pp. 339-412

SELL S.-K., « TRIPS and the access to medicines campaign », Wisconsin International Law Journal, 2002, v.21, pp. 431-522

SELL S.-K., « Post-TRIPs development : the tension between commercial and social agendas in the context of intellectual property », 14 Florida Journal of International Law 193, 2002

SHANKER D., « Argentina-US mutually Agreed Solution, Economic Crisis in Argentina and the Failure of the WTO Dispute Settlement System », The Journal of Law and Technology, 2004, vol.44, pp. 565-615

SILBEY S., « Let them eat cake : globalizaion, postmodern colonialism, and the possibilities of justice », 31 Law and Society Review 207, 1997

SIROEN J.-M., « L'OMC et les négociations commerciales multilatérales », Négociations, 2007, pp. 7-22

SIROEN J.-M., « Le débat autour du protectionnisme est relancé », Problèmes économiques, 2009, pp. 8-12

SIROEN J.-M., « L'OMC face à la crise des négociations multilatérales », Les études du CERI, 2009, n°160

SMITH E.-H., « Worldwide copyright protection under TRIP agreement », 29 Vanderbilt Journal of Transnational Law 559, 1996

SMITH M.-W., « Bringing developing countries' intellectual property laws to TRIPs Standards », 31 Case Western Journal of International Law 211, 1999

SNIDAL D., « The limites of hegemonic stability theory », International Organization, vol.39, pp. 579-614

SOMINSKIJ V.S., « Ekonomika naucnyh issledovanij », Ekon gaz , 1967, n°10, pp. 7-8

STEINBERG R.-H., « In the Shadow of Law or Power? Consensus-Based Bargaining in the GATT/WTO », International Organization, 2002, vol.56, pp. 339-374

TANKOANO A., « L'accord sur les droits de propriété intellectuelle liés au commerce », Droit et pratique du commerce international, 1994, vol.20, pp. 466-480

TEJERA V., « Tripping over property rights : is it possible to reconcile the Convention on biological diversity with article 27 of TRIPS Agreement ? », New England Review, 1999, pp. 983-985

VALKONEN S.-J. et WHITE L.-J., « An economic model for the incentive/access paradigm of copyright propertization : an argument in support of the Orphan Work Act », 29 Hasting comm. & Ent. L.J. 359, 2006-2007

VARGIN V., « Predlagaemye Resheniia Neposledovatel'ny [Proposed solutions are inconsistent] », Sov. Iust., n°4, 1989, pp. 26-34

VAVER D., « Intellectual property today : of myths and paradoxes », Revue du barreau canadien, 1990, vol.69, pp. 98-128

VERON P. et BOUCHE N., « La saisie-contrefaçon devant la juridiction unifiée du brevet », propriété Intellectuelle, n°53, octobre 2014, pp. 332-344

VIVANT M. et BRUGUIERES J.-M., « Réinventer l'invention ? » propriétés intellectuelles, 2003, pp. 286-292

VIVANT M., « La brevetabilité des programmes d'ordinateur : faux problème juridique, vrai problème social ? », propriétés intellectuelles, 2003, pp. 34-39

Y. KUSMINOV, A. YAKOVLEV, A. GOKHBERG et al., « New Economy, a chance for Russia », Innovations markets, Russian Expert Review, 2007, p. 6

YU P.-K., « Currents and crosscurrents in the International Intellectual Property Regime », Loyola of Los Angeles Law Review, vol. 38, pp. 323-443

YU P.-K., « From pirates to partner : protecting Intellectual Property in China in the twenty-first Century », The American University Law review, 2000, vol.50, pp. 131-197

ZINELDIN M. et VASICHEVA V., « A new mindset to change the arab/Islamic-Western relations for peace : a political and socio-economic integration perspective », 15 J. Peace, Conflict & Dev. 75, 2010

SITES INTERNET

1. Associations :

Association nationale des étudiants en médecine de France : www.anemf.org

Banterminator : <http://fr.banterminator.org>

Biothai : www.biothai.net

Captain Hook Award : www.captainhookawards.org

CPTech : www.cptech.org

Etc group : www.etcgroup.org

FAO : www.fao.org

phRMA : www.phrma.org

2. Instituts de recherche et sites professionnels:

Centre Thucydide de recherche et d'analyse en relations internationales : www.afri-ct.org

Fondation Maaref : www.maaref-foundation.com

Institut de recherche et d'enseignement islamique : www.irtipms.org

Institut européen de la Saarland University : <http://europainstitut.de>

Ota et Associés : www.otapatent.com

Torys LLP : www.torys.com

Université d'Amsterdam : www.ivir.nl

Université de Lausanne : www.hec.unil.ch

Université du Québec à Montréal : www.ameriques.uqam.ca

Veron et associés www.veron.com

3. Journaux et magazines :

Actu Paris : www.actupparis.org

Fruitymag : www.fruitymag.com

IP-Watch : www.ip-watch.org

Islamic finance : www.islamic-finance.net

Le Monde : www.lemonde.fr

Le Soir : <http://archives.lesoir.be>

The Islamic Workplace : <http://theislamicworkplace.com>

Wall Street Journal : www.wsj.com

4. Organisations gouvernementales et internationales :

Chambre internationale du commerce : www.iccwbo.org

Convention sur la diversité biologique : www.cbd.int

Fond monétaire international : www.imf.org

Institut chilien de la propriété intellectuelle : www.inapi.cl

Maison Blanche des Etats-Unis : www.whitehouse.gov

Ministère américain du commerce : www.commerce.gov.mm

Ministère canadien des affaires mondiales : www.international.gc.ca

Ministère français des affaires étrangères : <http://www.diplomatie.gouv.fr>

Office américain des brevets : www.uspto.gov

Office britannique des brevets : www.patent.gov.uk

Office espagnol des brevets : www.oepm.es

Office européen des brevets : www.epo.org ; www.european-patent-office.org

Office japonais des brevets : www.jpo.go.jp

Organisation internationale du commerce : www.wto.org

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle : www.wipo.int

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (base de données des lois nationales et traités bilatéraux) : www.wipo.int/wipolex/fr

Organisation mondiale de la santé : www.who.int

Régime canadien d'accès aux médicaments : www.camr-rcam.gc.ca

Représentant américain du commerce : www.ustr.gov

Service des parcs nationaux américains : www.nature.nps.gov

INDEX ALPHABETIQUE

A

Accord de libre-échange : n°91, 104, 509

Accord sur les ADPIC :

- Article 27 : n°134, 143 à 145, 172, 174 à 176, 186, 188 à 192, 195, 200, 206, 216, 218, 227
- Article 28 : n°50, 225 à 229
- Article 29 : n°372, 373
- Article 30 : n°146, 225, 226, 228 à 237, 249, 300
- Article 31 : n°50, 154, 228, 244, 249 à 261, 288, 291 à 300, 311, 318 à 325, 471, 505
- Article 33 : n°133, 134

Activité inventive :

- Besoin ressenti : n°211
- Caractéristiques distinctives : n°209
- Homme du métier : n°207, 208
- Non-obviousness : n°206
- Préjugé vaincu : n°213
- Problème-solution : n°209
- Résultat inattendu : n°214
- Succès commercial : n°212

Adaptation à la société : n°1 à 3, 391 à 477

Aéronef : n°248

Agriculteurs (utilisation par les) : n°244 à 247

- Compensation : n°247

- Définition : n°246

- Matériel : n°245

Analyse économique : n°426 à 453

- Industrie pharmaceutique : n°439 à 443

Anton Piller : n°268 à 271

- Conditions : n°270
- Définition : n°269
- Exécution : n°271

APEC : n°486, 489

Application industrielle : n°216 à 221

- Applicabilité : n°219
- Bilatéralisme américain : n°503
- Industrie : n°218
- Mérite de l'invention : n°221
- Utilité : n°220

Approche à fondement national :

- Bilatéralisme : n°367, 368
- Définition : n°362
- Sanction : n°371
- Transfrontière : n°369

Approbation réglementaire : n°241 à 243

- Actes admissibles : n°243
- Produits visés : n°242

ARIPO : n°104, 484

Assistance technique : n°30, 52, 54, 82, 97, 99, 105, 111, 118, 326, 368, 447, 448, 491

B

Bioéquivalence : n°237, 243

Brevetabilité :

- Conditions : n°193 à 221, 403, 404
- Logiciel : n°178
- Shariah : n°465

Brevets indus : n°347, 358, 377, 383, 446

C

CAEM : n°82 à 84

CARICOM : n°104

CNUCED : n°118, 125, 127, 281, 491

Coalition : n°4, 104, 117 à 120, 356, 483, 506, 509

COMESA : n°326

Commission nationale pour la protection de l'accès à la diversité biologique : n°377

Communauté Andine : n°58, 104, 234, 349, 377, 502, 210

Conférence de Cancun : n°25, 158

Conférence de Doha : n°26, 128, 158, 288, 290, 291, 293, 337, 342

Conférence de Genève : n°158

Conférence de Seattle : n°25, 91, 93, 98, 119, 158, 281, 286, 287, 290, 306, 339

Consortium : n°355, 401, 488, 489

Contrefaçon :

- Acte : n°278
- Lutte : n°415

Convention de l'Union de Paris : n°8, 11, 13, 17, 23, 29, 39, 84, 151, 154, 187, 194, 248, 253, 395, 397, 501, 504

Convention sur la diversité biologique : n°345 à 358, 491, 509

Coopération postcoloniale : n°46 à 49, 463

Coopération technique : n°52, 320, 446, 484, 488

Cycle de l'Uruguay : n°8, 12, 118, 124, 136, 157, 158

Cycle de Tokyo : n°11, 125

D

Décision du 30 août 2003 :

- Statut juridique : n°322 à 324

Découvertes : n°173 à 176

- Biotechnologie : n°174
- Cadre international : n°175
- Définition : n°173

Desharmonisation : n°282

Dialogue : n°94

Dispositions facultatives : n°145, 191, 200, 277, 375, 423

Droit soviétique des inventions :

- Brevet : n°77
- Certificat d'auteur : n°76, 401, 402
- Chute de l'URSS : n°85, 86, 398
- Economie : n°70 à 74
- Perestroïka : n°398
- Planification : n°69

Douanes : n°420 à 423

E

Economie de l'imprécision : n°143, 163, 363

Effet de contagion : n°102

Effet direct : n°9, 131 à 136, 219

Exceptions : n°228 à 261 :

- Exploitation normale : n°230
- Intérêt légitime : n°231

Extraterritorialité : n°14, 98, 107, 161, 162, 461, 621

F

FAO : n°191, 345, 346, 356

Flexibilité : n°29 à 31, 134, 140 à 146, 153, 157, 176, 291, 292, 319, 326, 330, 331 à 335, 348, 363, 367, 368, 374, 375, 377, 387, 391, 445, 447, 471, 478, 479, 491, 500 à 505, 508

G

Gestion de crise :

- Biodiversité : n°311, 313, 314, 360, 366
- Définition : n°28, 32 à 35
- Santé publique : 287, 289

Goskomizobretinii : n°407

I

Impérialisme : n°22, 24, 97
Importation : n°227
Indépendance : n°23, 41 à 48, 52 à 54, 425, 462, 463
Invention :

- Abstraite : n°177 à 182
- Définition : n°165 à 192, 496
- Industrie : n°168
- Ingénierie : n°169
- Lois naturelles : n°170
- Procédés : n°166
- Produits : n°166
- Machines : n°166
- Matières : n°166
- Mise en œuvre : n°173 à 176
- Shariah : n°466
- Solution technique : n°167

Institut National du Cancer : n°364

L

Licence obligatoire : n°249 à 261

- Bilatéralisme américain : n°504, 505
- Défaut d'exploitation : n°251 à 253
- Dépendance : n°254 à 256
- Pratiques anticoncurrentielles : n°258
- Urgence nationale : n°259 à 261

Logiciels :

- Bilatéralisme américain : n°403, 496 à 498
- Brevetabilité : n°178
- Tests : n°180 à 182

M

Médiatisation des procès :

- Santé publique : n°294, 295
- Biodiversité : n°358

MERCOSUR : n°104, 483, 484, 487
Microorganisme : n°174 à 176, 347, 4988, 500
Mondialisation : n°3 à 6, 15, 18, 40, 53, 285, 391, 448, 480, 483

Monopole : n°224

N

Nation la plus favorisée : n°5, 12, 109, 126, 129, 138, 248, 397, 487
Nouveauté : n°196 à 205

- Absolue : n°200 à 205
- Antériorité : n°197 à 199
- Bilatéralisme américain : n°501
- Date de référence : n°197
- Essentielle : n°194, 404
- First-inventor-to-file : n°199
- First-to-file : n°197, 198
- First-to-invent : n°197, 198
- Relative : n°200 à 205

O

OAPI : n°58, 104, 227, 277, 488
Obligation de divulgation : n°372 à 389

- Accord sur les ADPIC : n°373
- Déclenchement : n°379
- Encouragement : n°385
- Pays d'origine : n°381, 382
- Rosy Periwinkle : n°380 à 383
- Sanction : n°384 à 388

OEAB : n°203, 209
OECE : n°82
OHADA : n°58
Options : n°29, 31, 144
Ordre interétatique : n°14, 15, 22, 36, 38, 39, 283, 479, 480, 483, 490, 499, 506
Ordre public et moralité :

- Contexte : n°189
- Exploitation commerciale : n°185 à 188
- Mesures restrictives : n°190

Ordre international : n°14, 15, 36, 39, 112, 114, 130, 147, 282, 283, 479, 480, 483, 490
ONG :

- Biodiversité : n°356 à 358
- Coalition : n°119
- Santé publique : n°302 à 308, 336 à 338

P

Parcs nationaux : n°365
Partage des avantages : n°353 à 355
PCT : n°142, 218, 226, 376, 377, 503
Plainte en situation de non-violation :
n°152, 153, 155 à 158, 316
Préparation extemporanée : n°238 à 240

- Activités : n°239
- Habilitation : n°240

Prévarication : n°445
Procédures civiles : n°263 à 274
Procédures pénales : n°275 à 279
Protocole du 6 décembre 2005 :

- Statut juridique : n°325, 326

Prospection sauvage : n°370

R

Recherche et développement : n°410 à 412, 487
Régionalisme : n°5, 6, 15, 99, 480 à 485
Règlement des différends : n°4, 8, 12, 17, 27, 98 à 100, 107, 116, 129, 134, 147, 151 à 158, 288, 322
Ressources génétiques :

- Droit d'accès : n°348 à 352
- Reexamen de l'article 27.3 de l'Accord sur les ADPIC : n°192
- Statut juridique : n°345 à 347
- Obligation de divulgation : n°372 à 389

Réunification allemande : n°87

S

Saisie-contrefaçon : n°265 à 267

- Conditions : n°266
- Exécution : n°267
- Historique : n°265

Sanctions :

- Approche à fondement national : n°371
- Civiles : n°272 à 274, 418
- Correctives : n°274
- Obligation de divulgation : n°384 à 388

- Pénales : n°277, 279, 419
- Punitives : n°273
- Shariah : n°474, 475

Santé publique : n°287 à 338

- Absence de brevet : n°309
- Approvisionnement des marchés : n°296 à 300
- Exportateur admissible : n°317
- Infrastructures : n°310
- Importateur admissible : n°316
- Médiatisation des procès : n°294, 295
- Maladies visées : n°315
- Mesures de sauvegarde : n°320
- ONG : n°302 à 308, 336 à 338
- Produits visés : n°315
- RCAM : n°329 à 333
- Transparence : n°319

Shariah : n°61 à 63, 189, 454 à 478

Socialisme africain : n°64

Souveraineté : n°2 à 5, 9, 14, 22, à 25, 47, 88, 89, 116, 121 à 123, 129, 143, 155, 228, 345 à 348, 351, 484

Soyuzpatent : n°406

Special 301 : n°4, 92, 100, 106, 107, 109, 294, 476

SPLT : n°116, 159, 161, 171, 175, 176, 178, 200, 202, 216, 219, 225, 377, 499, 503

T

Théorie du domino : n°103

Théorie du levier : n°104

Traitement différencié : n°125, 126, 129, 138, 140

Traitement national : n°4, 8, 14, 29, 138, 463, 489

Transfert de technologie :

- Biodiversité : n°364, 365
- Postcolonial : n°58, 59
- Shark POD : n°452
- SuperAdobe : n°450
- Support : n°431 à 436
- Transfert d'information : n°432
- Transfert matériel : n°433
- UV Waterworks : n°451

Transitoire : n°30, 45, 93, 110, 127, 136, 138 à 140, 157, 258, 325, 333, 354, 443, 447, 501

Transparence :

- Obligation générale : 148
- Santé publique : n°319, 369, 374, 387, 509

Transposition : n°5, 17, 28, 114, 131 à 136, 153

U

Uniformisation : n°3, 16, 17, 120, 282, 484, 490

Utilisation à des fins expérimentales : n°236, 237

Utilisation à des fins privées : n°233 à 235

V

Végétaux et animaux :

- Exclusion : n°191, 500

Z

ZLEA : n°104, 483, 487, 488

INDEX GEOGRAPHIQUE

A

Afghanistan

Assistance technique : n°30

Importateur admissible : n°316

Afrique du Sud

Approbation réglementaire : n°241

Assistance technique : n°29

Coalition : n°118

Exportation : n°227

Médiatisation des recours :

- Biodiversité : n°358
- Santé publique : n°294, 304

Logiciels n°179

Pratiques anticoncurrentielles : n°258

Réserves n°142

Transfert de technologie :

- NCI : n°364
- SuperAdobe : n°449
- Shark POD : n°452

Végétaux et animaux n°191

Albanie

Approbation réglementaire : n°241

Droit soviétique : n°75, 76

Usage agricole : n°245

Algérie

Bilatéralisme américain : n°100

Colonisation :

- Coopération postcoloniale : n°46
- Socialisme africain : n°64

Nouveauté : n°201

Réserves : n°142

Utilisation à des fins privées : n°234

Allemagne

Activité inventive :

- Degré d'évidence : n°210, 213
- Homme du métier : n°207

Application industrielle : n°218

Approbation réglementaire : n°243

Coopération postcoloniale : n°49, 54

Droit soviétique :

- Economie non-collectivisée : n°72

- Protection : n°75, 80

Empire : n°86

Invention (définition) : n°127, 169

Nouveauté : n°201

Obligation de divulgation : n°386

Ordre public : n°188

Pratiques anticoncurrentielles : n°258

Préparation extemporanée : n°239, 240

Réunification : n°87

Utilisation à des fins expérimentales :
n°237, 238

Urgence nationale : n°261

Végétaux et animaux : n°191

Andorre

Assistance technique : n°29

Angola

Assistance technique : n°29

Importateur admissible : n°316

Procédure pénale : n°278

APEC

Régionalisme : n°486, 489

Arabie saoudite

Droit islamique :

- Colonisation : n°62
- Constitution : n°454, 466
- Reconnaissance des droits : n°458

Durée de protection : n°470

Argentine

Application industrielle : n°218

Assistance technique : n°29

Bilatéralisme :

- Choix du partenaire : n°100
- Théorie du levier : n°104

Contre-régime : n°12, 222

Défaut d'exploitation : n°253

Mandat de l'OMC : n°491

Monopole : n°225

Procédure pénale : n°278, 279
Urgence nationale : n°261

ARIPO

Régionalisme : n°484
Théorie du levier : n°104

Arménie

Préparation extemporanée : n°239
Procédure pénale : n°279
Réserves : n°142
Utilisation à des fins expérimentales : n°237

Australie

Accès aux ressources : n°350
Activité inventive :

- Non-obviousness : n°206
- Degré d'évidence : n°211 à 213

Approbation réglementaire : n°242, 243
Commonwealth : n°42, 159
Défaut d'exploitation : n°252
Invention (définition) : n°165
Nouveauté : n°201
Pouvoir de repréailles : n°4
Pratiques anticoncurrentielles : n°258
Traité US-Australie :

- Licence obligatoire : n°504, 505
- Végétaux et animaux : n°500
- Utilité : n°503

Transfert de technologie :

- Mondialisation : n°448
- Shark POD : n°452

Utilisation à des fins expérimentales : n°237
Utilisation à des fins privées : n°235
Utilité : n°220
Végétaux et animaux : n°191

Autriche

Activité inventive : n°212
Approbation réglementaire : 242
Nouveauté : n°201
Obligation de divulgation : n°385
Usage agricole : n°246
Végétaux et animaux : n°191

Azerbaïdjan

Préparation extemporanée : n°239

B

Bahreïn

Brevetabilité : n°466
Constitution : n°454
Durée de protection : n°470
Procédure pénale : n°279
Reconnaissance des droits : n°461, 462
Réserves : n°142
Traité US-Bahreïn :

- Licence obligatoire : n°505
- Médicaments : n°502
- Végétaux et animaux : n°500

Bangladesh

Analyse économique : n°438, 443
Assistance technique : n°29
Importateur admissible : n°316
Transfert de technologie :

- NCI : n°364
- UV Waterworks : n°451

Barbade

Nouveauté : n°201

Belgique

Coopération postcoloniale : n°49
Effet direct : n°132 à 134
Nouveauté : n°202
Obligation de divulgation :

- pays d'origine : n°382
- Sanction : n°387, 388

Procédure pénale : n°279
Saisie-contrefaçon : n°265 à 267
Végétaux et animaux : n°191

Belize

Nouveauté : n°201
Transfert de technologie (NCI) : n°364

Benin

Importateur admissible : n°316

Biélorussie

Activité inventive : n°209
Nouveauté : n°201
Réserves : n°142

Bolivia

Bilatéralisme :

- Investissement : n°110
- Théorie du levier : n°104

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Bosnie-Herzégovine

Approbation réglementaire : n°242, 243
Assistance technique : n°29
Droit soviétique : n°74
Préparation extemporanée : n°239
Usage agricole : n°245

Botswana

Assistance technique : n°29

Brésil

Accès aux ressources : n°347
Aéronef : n°248
Approbation réglementaire : n°242
Contre-régime : n°281
Cycle de l'Uruguay : n°12
Invention (définition) : n°176
Médiatisation des recours : n°295
Obligation de divulgation : n°373, 388
Période transitoire : n°138
Procédure pénale : n°279
Protocole de Madrid : n°54
Santé publique : n°300, 332
Théorie du levier : n°104
Transfert de technologie (NCI) : n°364
Urgence nationale : n°260, 261
ZLEA : n°487

Brunei

Assistance technique : n°29

Bulgarie

Activité inventive : n°211, 212
Dépendance entre brevets : n°254
Droit soviétique :

- Economie : n°74
- Protection : n°75, 76

Procédure pénale : n°277
Usage agricole : n°245

Burkina Faso

Coopération postcoloniale : n°48
Importateur admissibles : n°316
Nouveauté : n°201

Burundi

Coopération postcoloniale : n°48, 52
Importateur admissibles : n°316

C

Cambodge

Assistance technique : n°29
Indépendance : n°46
Santé publique :

- Acceptation : n°333
- Importateur admissible : n°316

Traité US-Cambodge :

- Invention : n°496
- Licence obligatoire : n°504
- Nouveauté : n°501
- Végétaux et animaux : n°500

Cameroun

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Canada

Accès aux ressources : n°350
Activité inventive : n°206
Anton Piller : n°268 à 271
Approbation réglementaire : n°242
Commonwealth : n°42, 159
Invention (définition) : n°165
Licence obligatoire : n°145, 191
Moratoire : n°157
Nouveauté :

- Absolue : n°201
- Antériorité : n°197, 198

Pouvoir de représailles : n°4
RCAM : n°328 à 333
Utilité : n°220
Traité Canada-Pérou : n°509

CARICOM

Théorie du levier : n°104

Centrafricaine (République)

Assistance technique : n°29

Coopération postcoloniale : n°48

Importateur admissible : n°316

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Chili

Activité inventive : n°209

Aéronef : n°248

Approbation réglementaire : n°242

Invention (définition) : n°165, 176

Pratiques anticoncurrentielles : n°258

Réserves : n°142

Traité UE-Chili : n°493

Traite US-Chili :

- Licence obligatoire : n°505
- Nouveauté : n°502
- Végétaux et animaux : n°500

Urgence nationale : n°261

Chine

Activité inventive : n°211, 212, 214

Aéronef : n°248

Approbation réglementaire : n°241

Assistance technique : n°29

Coalition : n°118

Défaut d'exploitation : 253

Influence soviétique : n°58

Intérêt public : n°261

Mesures correctives : n°274

Nouveauté : n°204

Obligation de divulgation :

- Définition : 373
- Sanction : 387

Procédure pénale : n°275

Urgence nationale : n°260, 261

Utilisation à des fins expérimentales :
n°236, 237

Utilisation à des fins privées : n°234

Traité Chine-Pérou : n°510

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Végétaux et animaux : n°191

Chypre

Défaut d'exploitation : n°253

Nouveauté : n°201

Préparation extemporanée : n°238, 240

Procédure pénale : n°277

Colombie

Accès aux ressources : n°366

Activité inventive : n°209

Assistance technique : n°29

Cycle de l'Uruguay : n°12

Obligation de divulgation : n°373

Traité UE-Colombie : n°509

Traité US-Colombie :

- Biodiversité : n°509
- Licence obligatoire : n°505
- Utilité : n°503

Comores

Accession à l'OMC : n°316

Procédure pénale : n°277

Communauté Andine

Biodiversité : n°349, 377

Invention (définition) : n°234

Procédure pénale : n°277

Régionalisme : n°502, 510

Théorie du levier : n°104

Congo démocratique

Procédure pénale : n°277 à 279

Congo

Coopération postcoloniale : n°48

Importateur admissible : n°316

Nouveauté : n°201

Corée du Nord

Influence soviétique : n°58

Corée du Sud

Activité inventive : n°209, 211, 212

Analyse économique : n°441, 442, 501

Application industrielle : n°218

Approche à fondement national : n°362

Invention (définition) : n°234

Nouveauté : n°201, 204

Traité EU-Corée : n°509

Traité US-Corée :

- Licence obligatoire : n°505

- Utilité : n°503
- Végétaux et animaux : n°500

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Transfert industriel : n°59

Utilisation à des fins expérimentales : n°236, 237

Végétaux et animaux : n°191

Costa Rica

Aéronef : n°248

Approbation Règlementaire : n°242

Assistance technique : n°29

Nouveauté : n°201

Obligation de divulgation : n°375

Pratiques anticoncurrentielles : n°258

Traité US-Costa Rica : n°505

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Côte d'Ivoire

Coopération postcoloniale : n°48

Croatie

Activité inventive : n°211

Approbation règlementaire : n°242

Nouveauté : n°201

Procédure pénale : n°278

Cuba

Colonie : n°23

Extraterritorialité des lois : n°107

Santé publique : n°331, 373

D

Danemark

Approbation règlementaire : n°242

Importation : n°227

Obligation de divulgation : n°120

Procédure pénale : n°278

Usage agricole : n°245

Djibouti

Assistance technique : n°29

Importateur admissible : n°316

Dominique

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Dominicaine (République)

Activité inventive : n°211, 214

Approbation règlementaire : n°242

Assistance technique : n°29

Bilatéralisme :

- Partenaire économique : n°98
- Théorie des dominos : n°103
- Théorie du levier : n°104

Défaut d'exploitation : n°253

Invention (définition) : n°176

Pratiques anticoncurrentielles : n°258

Transfert de technologie (NCI) : n°364

E

Egypte

Brevetabilité : n°466

Procédure pénale : n°278

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Emirats Arabes Unis

Assistance technique : n°29

Brevetabilité : n°465 à 467

Constitution : n°454

Durée de protection : n°470

Santé publique : n°300

Equateur

Activité inventive : n°211, 214

Procédure pénale : n°279

Santé publique : n°330

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Erythrée

Santé publique : n°335

Espagne

Activité inventive : n°207, 209

Empire : n°23

Nouveauté : n°201

Obligation de divulgation : n°385

Préparation extemporanée : n°239

Usage agricole : 246

Utilisation à des fins expérimentales : n°234

Utilisation à des fins privées : n°234

Végétaux et animaux : n°191

Estonie

Nouveauté : n°201

Procédure pénale : n°276

Etats-Unis

Activité inventive : n°207, 208, 210 à 214

Anton Piller : n°268 à 270

Approche à fondement national : n°362 à 365

Compensation : n°108 à 110

Extraterritorialité : n°4, 107

First-inventor-to-file : n°199

Invention (définition) : n°165 à 174

Leadership : n°4, 22

Logiciel : n°177 à 182

Mesures correctives : n°274

Nouveauté : n°205

Obligation de divulgation : n°379 à 383

Ordre public : n°186, 187

Puissance structurelle : n°97 à 105

Procédure pénale : n°277

Régionalisme : n°483 à 489

Sanction civile : n°273

Santé publique : n°306, 315 à 317

Special 301 : n°106, 107

Théorie des dominos : n°103

Théorie du Levier : n°104

Traités bilatéraux : n°90 à 94, n°491 à 505

Utilité : n°220, 221

Ethiopie

Importateur admissible : n°316

F

Fidji

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Finlande

Approbation réglementaire : n°242

Dépendance entre brevets : n°256

Importation : n°227

Nouveauté : n°201

Préparation extemporanée : n°238

Réserves : n°142

Traité Finlande-Qatar : n°509

Végétaux et animaux : n°191

France

Activité inventive : n°207 à 209, 212

Application industrielle : n°217 à 220

Approbation réglementaire : n°242, 243

Coalition : n°118, 119

Convention de l'Union de Paris : n°8

Coopération postcoloniale : n°46 à 54

Douanes : n°155

Empire : n°40, 42, 61

Importation : n°227

Nouveauté : n°197, 201, 202

Ordre public : n°186, 187

Pratiques anticoncurrentielles : n°258

Préparation extemporanée : n°239, 240

Procédure pénale : n°277 à 279

Réserves : n°142

Saisie-contrefaçon : n°265 à 268, 270, 271

Santé publique : n°261

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Utilisation à des fins expérimentales : n°237

Utilisation à des fins privées : n°234

Urgence nationale : n°261

Végétaux et animaux : n°191

G

Gabon

Coopération Postcoloniale : n°48

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Gambie

Importateur admissible : n°316

Importation : n°227

Géorgie

Réserves : n°142

Ghana

Assistance technique : n°111

Extraterritorialité : n°161

Nouveauté : n°201

Transfert de technologie :

- Définition : n°437, 438

- NCI : n°364

Grèce

Approbation réglementaire : n°242

Nouveauté : n°201

Procédure pénale : n°277

Grenade

Assistance technique : n°29

Groenland

Dépendance du Danemark : n°50

Théorie du levier : n°104

Guatemala

Procédure pénale : n°278

Guinée

Coopération technique : n°48, 52

Importateur admissible : n°316

Indépendance : n°47

Socialisme africain : n°64

Guinée Bissau

Importateur admissible : n°316

Procédure pénale : n°277

Guinée équatoriale

Assistance technique : n°29

Importateur admissible : n°316

Procédure pénale : n°277

H

Haïti

Importateur admissible : n°316

Période transitoire : n°140

Honduras

Assistance technique : n°29

Défaut d'exploitation : n°253

Importation : n°227

Invention (définition) : n°165

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Utilisation à des fins expérimentales :
n°237

Hong Kong

Aéronef : 248

Hongrie

Approbation réglementaire : n°241, 242

Droit soviétique :

- Economie : n°72

- Protection : n°75 à 79, 82, 84

Empire : n°86

Nouveauté : n°201

Préparation extemporanée : n°239

Réserves : n°142

Utilisation à des fins privées : 235

Végétaux et animaux : n°191

I

Inde

Accès aux ressources : n°347

Analyse économique : n°437, 439, 440,
447

Approbation réglementaire : n°242

Approche du fondement national : n°371

Coalition : n°118

Commonwealth : n°42

Dépendance entre brevets : n°254

Extraterritorialité : n°14

Importateur admissible : n°316

Importation : n°227

Invention (définition) : n°176

Médiatisation des recours : n°358

Médicament : n°161, 447

Obligation de divulgation : n°373, 375,
381

Pratiques anticoncurrentielles : n°258

Réserves : n°42

Santé publique : n°328, 330 à 335

Traité UE-Inde : n°508

Transfert de technologie : 451

Transparence : n°319

Indonésie

Accès aux ressources : n°340

Assistance technique : n°29

Obligation de divulgation : n°373

Réserves : n°142

Santé publique : n°319

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Iran

Extraterritorialité : n°98, 107

Théorie du levier : n°104

Irlande

Empire : n°23

Nouveauté : n°201

Procédure pénale : n°277

Islande

Santé publique :

- Importateur admissible : n°316

- Rapport avec l'UE : n°324

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Israël

Activité inventive : n°212, 214

Analyse économique : n°424, 430

Approbation réglementaire : n°241, 242

Importation : n°227

Traité US-Israël : n°91

Transfert industriel : n°59

Utilisation à des fins privées : n°234, 235

Italie

Approbation réglementaire : n°242

Colonisation : n°61

Préparation extemporanée : n°238, 239

Saisie-contrefaçon : n°265

Utilisation à des fins expérimentales :
n°237

Végétaux et animaux : n°191

J

Jamaïque

Traité US-Jamaïque : n°504

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Japon

Activité inventive :

- Homme du métier : n°208

- Degré d'évidence : n°209, 212

Application industrielle : n°218

Approche à fondement national : n°362

Approbation réglementaire : n°242

Bilatéralisme : n°99

Coalition : n°120

Cycle de l'Uruguay : n°12

Défaut d'exploitation : n°253

Dialogue : n°94

Importation : n°227

Invention (définition) : n°170, 179

Nouveauté : n°201, 204

Obligation de divulgation : n°377

Pouvoir de représailles : n°4

Product-by-process : n°225

Régionalisme : n°489

Transfert industriel : n°59

Transfert de technologie : n°448

Transparence : n°148

Urgence nationale : n°260, 261

Jordanie

Approbation réglementaire : n°242

Assistance technique : n°111

Bilatéralisme : n°101, 109

Pratiques anticoncurrentielles : n°258

Traite US-Jordanie :

- Invention (définition) : n°497, 498

- Licence obligatoire : n°504

- Nouveauté : n°502

K

Kazakhstan

Réserves : n°142

Végétaux et animaux : n°191

Kenya

Accès aux ressources : n°347

Approbation réglementaire : n°242

Assistance technique : n°111

Transfert industriel : n°59

Utilisation à des fins expérimentales : 237

Utilisation à des fins privées : n°234

Kirghizstan

Aéronef : n°248

Nouveauté : n°201

Réserves : n°142

Utilisation à des fins expérimentales :
n°237

Végétaux et animaux : n°191

Koweït

Brevetabilité : n°465, 466

Constitution : n°454, 456

Reconnaissance des droits : n°463

L

Laos

Bilatéralisme : n°109

Coopération postcoloniale : n°46

Importateur admissible : n°316

Traité US-Laos :

- Nouveauté : n°501
- Végétaux et animaux : n°500

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Lesotho

Importateur admissible : n°316

Lettonie

Préparation extemporanée : n°239, 240

Procédure pénale : n°277

Traité US-Lettonie :

- Invention (définition) : n°496
- Nouveauté : n°501
- Végétaux et animaux : n°500

Liban

Assistance technique : n°29

Liberia

Importateur admissible : n°316

Procédure pénale : n°277

Libye

Extraterritorialité : n°98, 107

Théorie du levier : n°104

Lituanie

Approbation réglementaire : n°242

Nouveauté : n°201

Pratiques anticoncurrentielles : n°258

Traité US-Lituanie :

- Invention (définition) : n°497
- Partenaire commercial : n°109
- Végétaux et animaux : n°500

Luxembourg

Procédure pénale : n°277

M

Macédoine

Nouveauté : n°201

Madagascar

Coopération postcoloniale : n°48

Importateur admissible : n°316

Socialisme africain : n°64

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Malaisie

Approbation réglementaire : n°242

Défaut d'exploitation : n°253

Importation : n°227

Importateur admissible : n°316

Invention (définition) : n°179

Procédure pénale : n°277

Réserves : n°142

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Malawi

Importateur admissible : n°316

Mali

Coopération postcoloniale : n°48

Importateur admissible : n°316

Indépendance : n°47

Socialisme africain : n°64

Malte

Procédure pénale : n°277

Réserves : n°142

Maroc

Importation : n°227

Nouveauté : n°201, 204

Traité US-Maroc :

- Invention (définition) : n°496
- Licence obligatoire : n°505
- Nouveauté : n°502
- Remise en cause : n°306
- Utilité : n°503
- Végétaux et animaux : n°500

Marshall

Assistance technique : n°29

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Maurice

Importation : n°227

Nouveauté : n°201
Transfert de technologie (NCI) : n°364

Mauritanie

Coopération postcoloniale : n°48
Importateur admissible : n°316

MERCOSUR

Régionalisme : n°483, 484, 487
Théorie du levier : n°104

Mexique

Application industrielle : n°218
Approbation règlementaire : n°242
Bilatéralisme :

- Compensation : n°108
- Théorie du levier : n°104
- Défaut d'exploitation : n°253
- Importation : n°227

Nouveauté : n°201

Transfert de technologie :

- NCI : n°364
- UV Waterworks : n°451

Utilisation à des fins expérimentales :
n°237

Utilisation à des fins privées : n°234

Végétaux et animaux : n°191

Micronésie

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Moldavie

Usage agricole : n°245, 246

Monaco

Défaut d'exploitation : n°252, 253

Mongolie

Influence soviétique : n°58

Mozambique

Importateur admissible : n°316
Réserves : n°142

Myanmar

Extraterritorialité : n°14
Importateur admissible : n°316

Santé publique : n°333

N

Népal

Assistance technique : n°29
Importateur admissible : n°316
Santé publique : n°320, 334
Transfert de technologie (NCI) : n°364

Nicaragua

Assistance technique : n°29
Invention (définition) : n°176
Traité US-Nicaragua :

- Invention (définition) : n°497
- Négociation : n°98, 107
- Nouveauté : n°501

Niger

Coopération postcoloniale : n°48

Nigeria

Assistance technique : n°111
Transfert de technologie : n°437

Norvège

Agriculteur : n°247
Approbation règlementaire : n°242, 243
Défaut d'exploitation : n°253
Nouveauté : n°201
Obligation de divulgation : n°376
Préparation extemporanée : n°240
Réserves : n°142
Santé publique : n°120, 317
Utilisation à des fins privées : n°234

Nouvelle Zélande

Approbation règlementaire : n°241, 242
Nouveauté : n°201
Transfert de technologie (NCI) : n°364
Utilisation à des fins expérimentales :
n°237
Végétaux et animaux : n°191

O

OAPI

Importation : n°227
Procédure Pénale : n°277

Régionalisme : n°484
Théorie du levier : n°104

OEAB

Nouveauté : n°201

OEB

Activité inventive : n°209 à 214
Application industrielle : n°217 à 219
Invention (définition) : n°168, 180, 182
Végétaux et animaux : n°191

Oman

Constitution : n°454, 456, 466
Durée de la protection : n°470
Reconnaissance des droits : n°458, 464
Réserves : n°142
Traité US-Oman : n°91

Ouganda

Importateur admissible : n°316
Importation : n°227

P

Pakistan

Assistance technique : n°29
Approbation réglementaire : n°242
Défaut d'exploitation : n°253
Pratiques anticoncurrentielles : n°258

Palaos

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Panama

Assistance technique : n°29
Invention (définition) : n°165
Nouveauté : n°201
Traité US-Panama :

- Biodiversité : n°490
- Licence obligatoire : n°505
- Utilité : n°503

Transfert de technologie (NCI) : n°364
Végétaux et animaux : n°191

Papouasie - Nouvelle Guinée

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Paraguay

Assistance technique : n°29
Traité US-Paraguay : n°496
Transfert de technologie (NCI) : n°364

Pays-Bas

Approbation réglementaire : n°243
Saisie-contrefaçon : n°265
Utilisation à des fins expérimentales : n°237
Utilisation à des fins privées : n°234
Végétaux et animaux : n°191

Pérou

Accès aux ressources : n°347
Approbation réglementaire : n°242
Approche à fondement national : n°362
Assistance technique : n°29
Effet direct : n°131
Théorie des dominos : n°103
Traité Canada-Pérou : n°509
Traité Chine-Pérou : n°509
Traité UE-Pérou : n°509
Traité US-Pérou :

- Biodiversité : n°490
- Invention (définition) : n°497, 498
- Négociation : n°91

Philippines

Nouveauté : n°197, 201
Préparation extemporanée : n°240
Transfert de technologie :

- NCI : n°364
- UV Waterworks : n°451

Urgence nationale : n°260
Utilisation à des fins privées : n°235

Pologne

Droit soviétique :

- Economie : n°72
- Idéologie : n°65, 68
- Nouveauté : n°203
- Protection : n°75, 81, 85

Nouveauté : n°203
Préparation extemporanée : n°238
Réserves : n°142

Utilisation à des fins expérimentales :
n°237

Utilisation à des fins privées : n°234

Usage agricole : 246

Portugal

Application industrielle : n°218

Approbation réglementaire : n°242

Défaut d'exploitation : n°255

Effet direct : n°133, 134

Importation : n°227

Nouveauté : n°201

Préparation extemporanée : n°238, 240

Usage agricole : 246

Utilisation à des fins expérimentales :
n°237

Utilisation à des fins privées : n°234

Q

Qatar

Brevetabilité : n°466

Constitution : n°454

Réserves : n°142

Durée de protection : n°470

Importation : n°227

Traité Finlande-Qatar : n°509

R

Roumanie

Défaut d'exploitation : n°253

Droit soviétique :

- Economie : n°73
- Idéologie : n°65, 68
- Protection : n°75, 81

Nouveauté : n°201

Pratiques anticoncurrentielles : n°258

Réserves : n°142

Royaume-Uni

Aéronef : n°248

Anton Piller : n°268 à 271

Application industrielle : n°218, 219

Approbation réglementaire : n°242

Empire : n°23, 61

Extraterritorialité : n°14, 162, 461, 462

Pratiques anticoncurrentielles : n°258

Procédure pénale : n°277

Utilisation à des fins expérimentales :
n°237

Utilisation à des fins privées : n°234

Russie

Activité inventive : n°209

Brevetabilité : n°403, 404

Contrefaçon : n°415, 417, 419

Douanes : n°420, 421, 423

Droit soviétique : 203, 393, 394, 398, 401,
402

Empire : n°86, 395 à 397

Innovation : n°412 à 414

Nouveauté : n°201

Préparation extemporanée : n°239

Procédure pénale : n°279

Utilisation à des fins expérimentales :
n°237

Utilisation à des fins privées : n°235

Végétaux et animaux : n°191

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Rwanda

Assistance technique : n°29

Coopération postcoloniale : n°48

Importateur admissible : n°316

Procédure pénale : n°278

Santé publique : n°329

S

Sainte Lucie

Assistance technique : n°29

Réserves : n°142

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Salomon

Importateur admissible : n°316

Salvador

Assistance technique : n°29

Approbation réglementaire : n°242

Invention (définition) : n°165

Utilisation à des fins expérimentales :
n°237

São Tomé et Príncipe

Importateur admissible : n°316

Sénégal

Assistance technique : n°29
Coopération postcoloniale : n°48
Importateur admissible : n°316
Nouveauté : n°201

Seychelles

Assistance technique : n°29

Sierra Leone

Importateur admissible : n°316

Singapour

Activité inventive :

- Degré d'évidence : n°211, 212
- Homme du métier : n°208, 209

Importateur admissible : n°316
Traité US-Singapour :

- Licence obligatoire : n°504, 505
- Négociation : n°109
- Végétaux et animaux : n°500

Slovaquie

Approbation réglementaire : n°242
Activité inventive : n°213
Droit soviétique :

- Economie : n°71
- Idéologie : n°69
- Protection : n°75, 76, 82

Importateur admissible : n°316
Nouveauté : n°201
Période transitoire : n°139
Végétaux et animaux : n°191

Slovénie

Importateur admissible : n°316
Nouveauté : n°201

Sri Lanka

Pratiques anticoncurrentielles : n°258

Suède

Approbation réglementaire : n°242
Défaut d'exploitation : n°253
Réserves : n°142

Nouveauté : n°201
Obligation de divulgation : n°386
Préparation extemporanée : n°239
Procédure pénale : n°278

Suisse

Approbation réglementaire : n°242
Approche à fondement national : n°370
Cycle de l'Uruguay : n°12
Importation : n°227
Invention (définition) : n°168
Nouveauté : n°201
Obligation de divulgation : n°379, 381
Plainte en situation de non-violation : n°157

Syrie

Théorie du levier : n°104

T

Tadjikistan

Défaut d'exploitation : n°253
Réserves : n°142
Utilisation à des fins expérimentales : n°237

Taïwan

Végétaux et animaux : n°191

Tanzanie

Dépendance entre brevets : n°254
Importateur admissible : n°316
Socialisme africain : n°64
Transfert de technologie (NCI) : n°364

Tchad

Coopération postcoloniale : n°48
Importateur admissible : n°316

Tchèque (République)

Droit soviétique :

- Economie : n°71
- Idéologie : n°69
- Protection : n°75, 76, 82

Nouveauté : n°201
Période transitoire : n°139
Végétaux et animaux : n°191

Thaïlande

Accès aux ressources : n°347
Approbation réglementaire : n°242
Assistance technique : n°29
Obligation de divulgation : n°373
Réserves : n°142
Transfert de technologie (NCI) : n°364

Togo

Importateur admissible : n°316

Tonga

Transfert de technologie (NCI) : n°364

Trinité et Tobago

Assistance technique : n°29
Bilatéralisme :

- Investissement : n°110
- Théorie des dominos : n°103

Traité US-Trinidad-et-Tobago :

- Invention (définition) : n°496
- Licence obligatoire : n°504
- Végétaux et animaux : n°500

Tunisie

Réserves : n°142

Turkménistan

Assistance technique : n°29
Réserves : n°142

Turquie

Accès aux ressources : n°347
Approbation réglementaire : n°242
Défaut d'exploitation : n°252
Dépendance entre brevets : n°255
Importateur admissible : n°316
Importation : n°227
Nouveauté : n°201
Traité UE-Turquie : n°493

U

Ukraine

Assistance technique : n°29
Défaut d'exploitation : n°252, 253
Importation : n°227

Réserves : n°142

Traité UE-Ukraine : n°493

Uruguay

Assistance technique : n°29
Invention (définition) : n°176

V

Vanuatu

Importateur admissible : n°316

Venezuela

Accès aux ressources : n°347
Obligation de divulgation : n°373

Vietnam

Approbation réglementaire : n°242
Assistance technique : n°29
Santé publique : n°326
Traité US-Vietnam :

- Invention (définition) : n°497
- Licence obligatoire : n°504
- Négociation : n°107, 109
- Végétaux et animaux : n°500

Utilisation à des fins expérimentales : n°237
Végétaux et animaux : n°191

Y

Yémen

Brevetabilité : n°467
Constitution : n°454, 458, 464
Importateur admissible : n°316
Procédure pénale : n°474

Yougoslavie

Droit soviétique :

- Economie : n°74
- Protection : n°75 à 79, 84, 203

Z

Zambie

Importateur admissible : n°316
Importation : n°227
Période transitoire : n°127
Pratiques anticoncurrentielles : n°258

Zimbabwe

Obligation de divulgation : n°373

Urgence nationale : n°261

Utilisation à des fins expérimentales :
n°237

Transfert de technologie (NCI) : n°364

ZLEA

Théorie du levier : n°104

Traité : n°483, 487, 488

TABLE DES MATIERES

Remerciements	p.5
Liste des abréviations	p.6
Sommaire	p.8
Introduction générale	p.9
I – Délimitation du sujet	p.17
A – Délimitation temporelle : la chronologie des traités et la création des fora internationaux de négociation	p.17
B – Délimitation géographique : entre relations internationales et relations interétatiques	p.25
C – Délimitation matérielle : définition des termes du sujet	p.27
II – Méthodologie du travail de recherche	p.32
A – Postulat de recherche	p.33
1 – Les rapports hégémoniques	p.33
2 – Un contexte de crises internationales	p.38
B – Les outils de recherche	p.41
1 – Les éléments de flexibilité	p.41
2 – La schématisation des crises internationales	p.45
C – Articulation de la démonstration	p.48
 PARTIE 1 – L’harmonisation sous l’égide des organisations internationales : la stabilisation des bases du droit des brevets	p.50
Titre 1 – La création d’un droit international des brevets	p.51
Chapitre premier – La création interétatique du droit des brevets	p.52
Section 1 – La domination postcoloniale	p.53
I – Le facteur politique	p.54
A – En l’absence de coopération	p.55
B – La coopération postcoloniale	p.55
1 – Les accords de coopération industrielle	p.56
2 – Les accords de coopération technique	p.61
II – Le facteur culturel	p.64

A – L’enseignement et la formation des élites	p.64
B – Les transferts de technologie	p.66
C – Les influences culturelles concurrentes	p.68
1 – La culture arabe concurrentielle	p.69
2 – Le socialisme africain	p.74
Section 2 – La domination par ingérence directe	p. 75
I – L’instauration du droit soviétique des inventions dans les Républiques populaires d’Europe de l’Est	p.76
A – Les institutions fondamentales du droit soviétique	p.76
B – La classification selon les spécificités des Républiques populaires	p.79
C – Une dualité de protection	p.83
II – Le Conseil d’Aide Economique Mutuelle (CAEM) et l’harmonisation du droit des inventions	p.87
III – La chute du soviétisme	p.89
Section 3 – La domination bilatérale	p.91
I – Typologie des conventions bilatérales ratifiées par les Etats-Unis	p.92
II – La structure des négociations bilatérales	p.98
A – La puissance structurelle	p.98
1 – Le choix de l’Etat contractant	p.99
2 – La théorie du « levier et dominos »	p.104
B – La puissance « behaviorale »	p.111
1 – La sanction de l’Etat déviant	p.111
2 – La compensation du contexte asymétrique	p.114
3 – L’assistance technique	p.116
Chapitre deux – La création du droit des brevets au sein des organisations internationales : l’exemple de l’OMC	p.118
Section 1 – L’effet créateur de droit de l’intégration à une organisation internationale	p.119
I – Le marché diplomatique	p.120
II – Le marché politique	p.129
A – La souveraineté nationale face aux organisations internationales	p.130
B – L’intégration forcée des pays en voie de développement	p.132

Section 2 – Transposition du droit international des brevets dans l’ordre interne	p.136
I – L’obligation de transposition	p.137
II – Les modalités de transposition	p.141
A – Les dispositions transitoires	p.141
B – Les éléments de flexibilité	p.144
Conclusion du titre 1	p.153
Titre 2 – Le contenu du droit international des brevets	p.155
Chapitre premier – La brevetabilité de l’invention	p.157
Section 1 – La définition de l’invention	p.158
I – La définition positive de l’invention	p.159
II – La définition négative de l’invention	p.163
A – Les objets non-considérés comme des inventions	p.164
1 – La mise en œuvre productive : l’exemple des découvertes et des théories scientifiques	p.164
2 – Le caractère abstrait : l’exemple des programmes d’ordinateur et des méthodes commerciales	p.168
a – Le rejet de la brevetabilité des créations abstraites	p.169
b – Les tests de brevetabilité	p.171
B – Les inventions exclues de la brevetabilité	p.175
1 – L’ordre public et la moralité	p.176
a – L’exploitation commerciale de l’invention	p.176
b – L’interprétation de l’ordre public et de la moralité	p.179
2 – Les exclusions particulières	p.181
Section 2 – Les conditions de brevetabilité	p.186
I – La nouveauté	p.188
A – Antériorité au dépôt et antériorité à l’invention	p.188
B – Nouveauté relative et nouveauté absolue	p.191
II – L’activité inventive	p.195
A – L’homme du métier	p.196
B – Les méthodes d’évaluation	p.199
III – L’application industrielle ou l’utilité ?	p.207

A – L’application industrielle	p.208
B – L’utilité	p.212
Chapitre deux – Le droit d’exploitation	p.217
Section 1 – Le monopole d’exploitation	p.217
I – Les droits du titulaire du brevet	p.218
II – Les exceptions et limitations aux droits conférés par le brevet	p.221
A – L’utilisation à des fins privées ou non-commerciales	p.225
B – L’utilisation à des fins expérimentales	p.230
C – La préparation extemporanée des médicaments	p.236
D – Les mesures prises pour l’obtention d’une approbation réglementaire	p.240
E – L’utilisation par des agriculteurs	p.245
F – L’utilisation au sein d’un aéronef	p.248
G – La licence obligatoire	p.249
1 – Défaut ou insuffisance d’exploitation	p.251
2 – La dépendance entre brevets	p.253
3 – Les pratiques anticoncurrentielles	p.255
4 – L’urgence nationale et la préservation de la santé publique	p.257
Section 2 – L’atteinte au droit d’exploitation	p.261
I – Les procédures civiles	p.262
A – Les procédures de saisies	p.262
1 – La saisie-contrefaçon	p.263
2 – L’ordonnance Anton Piller	p.266
B – Les sanctions civiles	p.271
II – Les procédures pénales	p.273
Conclusion du titre 2	p.281
 CONCLUSION : le bilan de l’Accord sur les ADPIC	 p.283
 PARTIE 2 – Le déclin des organisations internationales, une désharmonisation interétatique	 p.286

Titre 1 – Les organisations internationales dépassées par les nouveaux objets de protection	p.288
Chapitre premier – La crise diplomatique de la santé publique.....	p.290
Section 1 – Les difficultés d’application du droit des brevets en cas de crise sanitaire ...	p.291
I – Source de la crise	p.291
A – L’octroi des licences obligatoires	p.292
B – Les importations parallèles en cas de capacité insuffisante de production	p.293
1 – Deux différends significatifs	p.293
2 – Le contenu de l’article 31.f	p.295
II – Les paramètres de la crise	p.298
A – L’action des organisations non-gouvernementales	p.298
1 – 1999 : la campagne sur l’accès aux médicaments essentiels	p.298
2 – 2001 : l’affaire de Pretoria	p.299
3 – La mobilisation auprès des gouvernements	p.300
4 – Les pressions sur les entreprises	p.301
B – La réponse de l’industrie pharmaceutique	p. 303
Section 2 – La décision du 30 août 2003 : l’évolution de l’article 31 de l’Accord sur les ADPIC	p.305
I – Description du système mis en place par la Décision de 2003 et le Protocole de 2005 p.	305
A – Le système d’octroi de licence pour exportation	p.306
1 – Champ d’application du système	p.306
2 – Les obligations inhérentes au système	p.314
B – Le statut juridique du système	p.318
1 – Le statut juridique de la Décision du 30 août 2003	p.318
2 – Le statut juridique du Protocole du 6 décembre 2005	p.320
II – L’appréhension des solutions proposées	p.324
A – La pratique des licences obligatoires appréhendée par les Etats	p.324
1 – L’exemple canadien	p.324
2 – L’exemple indien	p.331
B – Le point de vue des organisations non-gouvernementales	p.334

Chapitre deux – La protection de la biodiversité et la relation entre l’Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique	p.337
Section 1 – Définition de la crise sur la biodiversité	p.338
I – L’objet de la crise	p.338
A – L’interférence des conventions concernant le droit d’accès aux ressources génétiques	p.339
1 – Le statut des ressources génétiques au sein de la CDB	p.339
2 – Le droit d’accès aux ressources génétiques	p.343
B – Le partage des avantages	p.347
II – Les paramètres de la crise	p.349
Section 2 – L’opposition entre pays émergents et développés quant à la mise en œuvre d’une réponse législative à la crise sur la biodiversité.....	p.354
I – L’approche à fondement national	p.354
A – Description de l’approche à fondement national	p.354
B – Critiques : l’insuffisance de contenu de l’approche à fondement national	p.361
1 – Critique d’un système bilatéral	p.361
2 – Critique d’un système transfrontière	p.364
3 – Critique d’un système répressif	p.367
II – L’approche de la divulgation	p.368
A – Description de l’approche de la divulgation	p.368
B – Critiques : la difficile mise en œuvre de l’approche de la divulgation	p.377
1 – Le déclenchement de l’obligation de divulgation	p.377
2 – Les difficultés de renseigner l’objet de la divulgation	p.379
3 – La difficile sanction de l’obligation de divulgation	p.382
Conclusion du titre 1	p.389
Titre 2 – Une harmonisation internationale inadaptée aux sociétés nationales	p.390
Chapitre premier – Le réel objet de l’adaptation : le droit ou la société ?	p.391
Section 1 – L’encadrement politique	p.391
I – Chronologie de la reconnaissance de la propriété intellectuelle par la Russie	p.393
II – L’évolution de la loi russe	p.396
A – La disparition du certificat d’auteur	p.396

B – Le droit matériel des brevets	p.398
C – Le rôle des institutions administratives	p.400
III – Les défis de la Russie post-soviétique	p.403
A – La nouvelle structure de la recherche	p.403
B – Le défi de la lutte contre la contrefaçon	p.410
1 – Les sanctions des atteintes au droit exclusif du brevet	p.411
2 – Le rôle des autorités douanières russes dans la lutte contre les activités de contrefaçon	p.413
Section 2 – L’encadrement économique	p.416
I – La reconnaissance des droits de propriété intellectuelle dans les pays émergents...	p.418
A – La stimulation de l’activité inventive	p.418
B – Le brevet comme support de transfert de technologie	p.424
II – L’impact du renforcement des droits de propriété intellectuelle dans les pays émergents	p.430
III – Les défis des pays émergents	p.435
A – La lutte contre le renforcement du droit des brevets en dehors du cadre légal	p.435
B – La nouvelle définition du transfert de technologie	p.438
Section 3 – L’encadrement religieux du droit des brevets	p.444
I – La reconnaissance des droits de propriété intellectuelle	p.446
II – Le contenu du droit islamique des brevets	p.450
A – La protection des brevets antérieure à l’adhésion des pays du Golfe à L’OMC	p.450
1 – Le Bahreïn	p.450
2 – Le Koweït	p.452
B – La protection des brevets postérieure à l’adhésion des pays du Golfe à L’OMC	p.454
1 – Le champ de brevetabilité	p.454
2 – Les droits attachés au brevet	p.458
2a – La définition des droits	p.458
2b – L’atteinte aux droits de brevet	p.461
III – Les défis actuels des Etats du Golfe	p.465
Chapitre deux – Une voie de sortie : la renaissance des ordres interétatiques concurrentiels	p.469

Section 1 – Le défi du régionalisme	p.470
I – La dynamique des accords régionaux	p.471
A – Les facteurs d’émergence de blocs commerciaux	p.471
B – Le bilan mitigé des négociations au sein des blocs commerciaux	p.476
II – L’impact des accords commerciaux sur l’organisation de l’OMC	p.481
Section 2 – Le contenu des accords régionaux : entre ADPIC plus et ADPIC moins	p.483
I – Les Accords ADPIC plus	p.485
A – Le renforcement des conditions de brevetabilité	p.487
1 – Une nouvelle définition de l’invention	p.487
2 – La question de la brevetabilité du vivant	p.490
3 – Des précisions sur les conditions de brevetabilité	p.492
B – La restriction des exceptions : l’exemple des licences obligatoires	p.496
II – Les Accords ADPIC moins	p.499
Conclusion du titre 2	p.505
 CONCLUSION GENERALE	 p.506
 Liste des figures	 p.510
Liste des cartes	p.511
Liste des tableaux	p.512
Jurisprudence.....	p.514
Bibliographie sélective	p.521
Index alphabétique	p.545
Index géographique	p.550
Table des matières	p.565

Thèse de Doctorat

Pierre-Etienne LENOIR

L'harmonisation internationale du droit des brevets

International harmonization of patent law

RESUME :

Face à l'accroissement de l'importance politique et économique des fora internationaux, quel est aujourd'hui le degré de liberté des Etats dans la définition de leur propre système de protection ? L'harmonisation internationale du droit des brevets nécessite de mettre en place des éléments de flexibilité permettant à chaque Etat de transposer le droit international dans leur ordre interne en fonction de leur spécificité économique et politique. Or, les débats actuels au sein des fora internationaux démontrent une divergence entre Etats-membres qui porte atteinte à la notion même d'harmonisation. Alors que les pays développés prônent une suppression progressive des éléments de flexibilité au profit d'une uniformisation internationale du droit, les pays émergents, sous couvert de principes universels liés au développement, remettent en cause l'insuffisance de flexibilité du régime international des brevets face aux crises majeures du XXI^e siècle. Il s'en suit un mouvement cyclique mettant en scène les rapports entre bilatéralisme et multilatéralisme face au déclin des organisations internationales.

MOTS-CLEFS :

Harmonisation ; Brevet ; OMC ; Bilatéralisme ; Multilatéralisme ; Droit comparé ; Flexibilité ; mondialisation

SUMMARY :

While the economic and political importance of international fora is increasing, what is today the degree of freedom of States in defining their own system of protection? The international harmonization of patent law requires the introduction of flexibilities allowing each State to transpose international law into their legislation in accordance with their economic and political specificities. The current debates in international fora demonstrate a divergence between Member States which undermines the notion of harmonisation. While developed countries promote the gradual elimination of flexibilities in favour of international standardization of the law, emerging countries, under the guise of universal development-related principles, challenge the lack of flexibility of the international patent regime vis-à-vis Major crises of the XXIst century. This is followed by a cyclical movement highlighting the relationship between bilateralism and multilateralism in the face of the decline of international organizations.

KEYWORDS

Harmonization ; Patent ; WTO ; Bilateralism ; Multilateralism ; Comparative law ; Flexibility ; Globalization