

OMPI



A/39/13 Add.3

ORIGINAL : anglais

DATE : 15 août 2003

F

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

ASSEMBLEES DES ETATS MEMBRES DE L'OMPI

Trente-neuvième série de réunions
Genève, 22 septembre – 1^{er} octobre 2003

INCIDENCE DU SYSTÈME INTERNATIONAL DES BREVETS
SUR LES PAYS EN DÉVELOPPEMENT :
ÉTUDE D'ELIZABETH NG SIEW KUAN

Document soumis par le Secrétariat

L'étude reproduite dans le présent document est l'une des quatre études demandées par le directeur général au sujet des incidences du système international des brevets sur les pays en développement et qui sont publiées sous les cotes A/39/13 Add.1 à Add.4. Pour de plus amples renseignements à cet égard, on est prié de se reporter au document A/39/13.

L'auteur de l'étude, Mme Elizabeth Ng Siew Kuan, est maître de conférences à la Faculté de droit de l'Université nationale de Singapour.

Les points de vue exprimés dans cette étude sont ceux de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement l'opinion des États membres ou du Secrétariat de l'OMPI.

INCIDENCE DU SYSTÈME INTERNATIONAL DES BREVETS
SUR LES PAYS EN DÉVELOPPEMENT

Étude d'Elizabeth Ng Siew Kuan,
maître de conférences, Faculté de droit, Université nationale de Singapour

Juillet 2003

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	4
RÉSUMÉ ANALYTIQUE.....	5
CHAPITRE PREMIER ENQUÊTE SUR LE SYSTÈME INTERNATIONAL DES BREVETS : RÔLES ET DÉFIS	7
1.1 IMPORTANCE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	7
1.2 RÔLE TRADITIONNEL DU SYSTÈME DES BREVETS	9
1.3 ADAPTATION NÉCESSAIRE POUR RELEVER LES DÉFIS DE L'ÂGE DE L'INNOVATION	10
1.3.1 Technologies nouvelles : Biotechnologie.....	11
1.3.2 Technologies nouvelles : Technologie de l'information	12
1.3.3 Autres défis à relever	14
CHAPITRE 2 TENSIONS ET DÉSÉQUILIBRES	15
2.1 INTRODUCTION	15
2.2 CORRÉLATION OU RELATION CAUSALE : OBSERVATION.....	17
2.2.1 L'Accord sur les ADPIC	18
2.2.2 Insuffisances structurelles dans les pays en développement	19
2.2.3 Questions d'intérêt public : santé et alimentation	20
2.2.4 Perception ou réalité?	21
2.3 CONCLUSION.....	24
CHAPITRE 3 PRINCIPES DE GESTION D'UNE ÉVOLUTION VERS UN SYSTÈME INTERNATIONAL DES BREVETS PLUS EFFICACE	26
3.1 INTRODUCTION	26
3.2 PRINCIPES DE GESTION PROPOSÉS	26
1) CONVERGENCE, MAIS NON HARMONISATION COMPLÈTE	26
2) DEUX FACTEURS ESSENTIELS : FLEXIBILITÉ ET DIFFÉRENTIATION	27
3) OBJECTIF : ÉQUILIBRE IDÉAL AU SEIN D'UN SYSTÈME SOLIDE.....	28
a) Il n'y a pas de système international des brevets parfait.....	29
b) Ce sont les forces du marché qui doivent déterminer la politique des prix	29
c) Nécessité de préserver les avantages de la concurrence	29
d) La primauté du droit est fondamentale.....	30
e) Application obligatoire rigoureuse et transfrontière des lois sur les brevets	30
f) Règlement effectif des différends internationaux en matière de brevets	30
4) NÉCESSITÉ IMPÉRIEUSE D'UNE RÉFORME	31

CHAPITRE 4 POSSIBILITÉS DE RÉFORME	32
4.1 INTRODUCTION	32
4.2 QUELQUES ASPECTS PROCÉDURAUX ET INFRASTRUCTURAUX DE LA RÉFORME DU DROIT DES BREVETS	32
4.2.1 Capacités administratives et ressources humaines	32
4.2.2 Quelques solutions et réponses possibles	35
4.2.3 Quel est le juste prix de la poursuite de l'harmonisation?.....	36
4.2.4 Quelques réserves exprimées par les pays en développement	37
4.3 QUELQUES ASPECTS FONDAMENTAUX DE LA RÉFORME DU DROIT DES BREVETS	38
4.3.1 Est-il nécessaire de poursuivre l'harmonisation du droit matériel des brevets à l'échelle mondiale?.....	39
4.3.2 Difficultés d'application du droit des brevets.....	41
4.3.2.1 La révolution biotechnologique	41
Introduction.....	41
Difficultés dans la détermination des normes de brevetabilité	43
Les trois piliers principaux de la brevetabilité.....	44
Délivrance de brevets relatifs aux instruments de recherche.....	45
Portée des brevets sur les séquences d'ADN	48
Conclusion	49
4.3.2.2 Intérêts du public : la santé publique.....	50
Introduction.....	50
Quelques observations sur les possibilités de réforme.....	51
Médicaments non brevetés.....	51
Médicaments brevetés.....	53
a) Concurrence des produits génériques	53
b) Importations parallèles.....	54
c) Licences obligatoires	56
d) Licences consensuelles : l'esprit de citoyenneté des entreprises	58
4.3.2.3 Solutions plus efficaces pour la protection des savoirs traditionnels.....	60
4.4 CONCLUSION.....	62

CURRICULUM VITAE

CURRICULUM VITAE ELIZABETH NG SIEW KUAN	65
---	----

PRÉFACE

La présente étude a été commandée par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) dans le but de faire un bilan des principales répercussions du système international des brevets sur les pays en développement et d'analyser les possibilités de réforme. Elle n'aborde pas dans leur totalité les questions devant lesquelles se trouve ce système. Elle ne prend pas parti pour les causes et intérêts particuliers d'une nation ou d'un groupe de nations, ni ne s'y oppose. Au contraire, elle se situe dans une perspective très générale vis-à-vis des questions abordées. Lorsque cela est utile, des références aux déclarations confirmant ou étoffant les différents points de vue globaux sont jointes à l'exposé.

Dans le cadre du travail de recherche, j'ai cherché pendant les deux mois qu'a duré le projet à consulter le plus largement possible les principales organisations de la région Asie-Pacifique, notamment dans les pays suivants : Bangladesh, Bhoutan, Brunéi Darussalam, Cambodge, Chine, Fidji, Inde, Indonésie, Iran, Laos, Malaisie, Maldives, Mongolie, Myanmar, Népal, Pakistan, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Philippines, République de Corée, RPD de Corée, Samoa, Singapour, Sri Lanka, Thaïlande, Tonga et Viet Nam. Malheureusement, de nombreux pays qui se sont déclarés intéressés par ces travaux n'ont pu y participer en raison du préavis trop bref qui leur a été donné. Les communications et opinions écrites reçues d'organisations et de personnes éminentes peuvent être consultées séparément sur ce sujet dans "Compiled Comments", sur le site Web de l'OMPI à l'adresse <http://www.wipo.int/patent/agenda>.

En raison des délais et des ressources disponibles limitées, je regrette que de nombreuses questions également importantes n'aient pu prendre place dans l'étude ou aient bénéficié de moins d'attention qu'elles ne le méritaient. Il faut donc espérer que le travail d'examen et de collaboration avec les organes publics et privés des pays en développement et développés se poursuivra sur ces questions majeures qui, parmi d'autres, ont été abordées dans cette étude et d'autres travaux réputés.

Je tiens à remercier M. Kamil Idris, directeur général de l'OMPI, de l'honneur qu'il m'a fait en me désignant consultante responsable de cette étude. Je remercie aussi Germán Cavazos-Treviño de l'OMPI de l'appui et de l'aide qu'il m'a aimablement fournis. J'exprime en particulier ma reconnaissance à M. Yong Pung How, président de la Cour suprême de Singapour, et à M. Chan Sek Keong, procureur général de Singapour, au professeur Edison Liu, directeur de l'Institut de génomique de Singapour, au professeur John Wong, vice-président (département des recherches et sciences de la vie) de l'Université nationale de Singapour (NUS) et au professeur Seeram Ramakrishna, directeur de NUS Enterprise, qui m'ont aidée avec leurs aimables observations, contributions et conseils. Enfin, j'exprime ma gratitude et mes remerciements au maître de conférences M. Stephen Phua, de la Faculté de droit de l'Université nationale de Singapour, pour sa participation et son aide à la rédaction du texte, qui ont été des plus précieuses.

Les opinions exprimées dans ce rapport sont entièrement les miennes et je suis seule responsable de toute erreur ou omission qu'il pourrait contenir.

Elizabeth Ng Siew Kuan
juillet 2003

RESUME ANALYTIQUE

Le présent travail s'efforce de prendre le relais des recherches de personnes érudites sur les divers rapports et incidences entre les droits de propriété intellectuelle et les résultats obtenus au niveau national. L'opinion générale de certains analystes semble confirmer qu'il y a de bonnes raisons de soutenir le point de vue selon lequel les avantages économiques de l'adoption de droits de propriété intellectuelle solidement établis peuvent ne pas profiter uniformément ou équitablement à chaque nation ou groupe de nations. Certains ont cité des bases statistiques pour conclure à des corrélations positives et peut-être non linéaires entre les droits de propriété intellectuelle, les résultats des entreprises industrielles et les efforts déployés sur le plan technologique. Les différents taux de participation ou gains qui en découlent pourraient bien s'expliquer par d'autres facteurs. Bien qu'il soit peut-être spéculatif de définir avec précision les motifs qui sous-tendent l'adoption par chaque pays de politiques et de normes particulières en matière de droits de propriété intellectuelle, l'appui par tel ou tel pays de différentes normes dans ce domaine pourrait être intuitivement lié aux intérêts économiques de chacun. Bien que l'utilité de ces analyses ne fasse aucun doute, le résultat de recherches fondées sur des lignes de partage géographiques aussi générales que celles qui séparent les pays développés et en développement, quelle qu'en soit la définition, comporte le risque de ne fournir que de simples manifestations des liaisons véritables dont elles masquent les causes.

Il existe, toutefois, des problèmes et des déséquilibres véritables qui menacent de compromettre les objectifs réalisables du système mondial des droits de propriété intellectuelle si l'on ne prend pas les mesures à notre portée pour éliminer les tensions constatées. Aucun système de lois n'est immuable. Le présent rapport ne va pas jusqu'à présenter des arguments en faveur d'une réforme radicale d'un système qui est foncièrement solide et efficace. Il convient néanmoins de saisir les occasions que présentent ces menaces pour entreprendre une réforme sélective et évolutive. L'âge de l'innovation va probablement accentuer la polarité et la disparité entre les nations dans la création, l'exploitation et l'utilisation des droits de propriété intellectuelle. Il se peut que certaines différences ne soient jamais aplanies mais, si l'on veut une participation plus large et plus positive de tous les pays, il faut assurer avant tout des dialogues globaux et ouverts visant à forger des valeurs et des principes communs qui poseront sur des bases solides un système international de brevets que tous apprécient.

Guidés par les principes communs d'une gestion saine, nous estimons que l'on peut encore exploiter plus à fond la souplesse inhérente que l'on a eu soin d'incorporer au système international des brevets. Un système solide de droits de propriété intellectuelle n'est pas négociable. Les normes issues d'un accord mutuel devraient être strictement et systématiquement appliquées. Cela n'exclut nullement une différenciation plus structurée des normes applicables aux droits de propriété intellectuelle, qui permettront une plus grande souplesse dans la mise en œuvre. Le manque d'homogénéité dans l'industrie et dans les résultats économiques et technologiques nationaux pourrait nous contraindre à assurer une différenciation plus rigoureuse au cours du temps, dans l'espace et selon les divers domaines, afin de tenir compte des intérêts publics immédiats prédominants. Si l'objectif consistant à mettre en place un système international de brevets harmonisé et intégré reste louable et intact, il faut néanmoins éviter toute précipitation qui pourrait donner des résultats tout à fait contraires à ceux qui sont recherchés.

Comme des études détaillées sur les règles techniques des droits de propriété intellectuelle ont été réalisées ailleurs, il serait bon d'examiner de manière plus approfondie les observations générales formulées sur certaines règles de procédure ou de fond susceptibles d'être réformées. Les processus et les règles de procédure qui contribuent manifestement à une répétition coûteuse et inutile du travail doivent être abolis. Lorsque cela est possible, les pays membres peuvent être encouragés à prendre connaissance de manière sélective, mais aussi plus approfondie et plus large, des recherches, des rapports d'examen et autres documents. Bien que la présente étude ne conclue pas à la nécessité d'une réforme radicale des règles de fond, l'on y souligne plusieurs domaines qui pourraient bénéficier d'une réforme évolutive. La biotechnologie, la santé publique et les savoirs traditionnels sont des domaines pouvant présenter un champ de travail enrichissant auquel profiteraient de nouvelles études détaillées.

Un des soucis fondamentaux de la réforme doit être d'éviter tout risque d'aliénation d'un pays membre quelconque et tout alignement de blocs nationaux en fonction de leurs intérêts mutuels. Comme avec toute autre réforme, certaines mesures peuvent être sujettes à controverse; d'autres font apparaître des difficultés à long terme. Réformer est une entreprise volontariste. Rares sont les initiatives qui plaisent à tout le monde, mais nous ne saurions être indifférents aux différences. L'on peut espérer que des principes communs de gestion serviront à tracer la route là où les difficultés semblent insolubles. Le changement est un processus qui, en lui-même, a peu de chances de constituer une panacée immédiate contre la coïncidence des pressions politiques, économiques et sociales que subit continuellement le système international des brevets. Les parcours suivis peuvent changer, mais la destination finale révélera peut-être que ce voyage semé d'embûches en valait la peine.

CHAPITRE PREMIER

ENQUÊTE SUR LE SYSTÈME INTERNATIONAL DES BREVETS¹ :
RÔLES ET DÉFIS

1.1 IMPORTANCE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

L'apparition de nouvelles technologies a provoqué une réorientation spectaculaire des stratégies d'entreprise et du développement économique mondial. Les pays se font la course pour suivre le rythme de cette révolution technologique, attirer les investissements étrangers et mettre en place des structures qui encouragent la recherche-développement dans des domaines capables d'assurer des innovations et la création de droits de propriété intellectuelle. En cette ère de l'innovation, l'exploitation efficace des connaissances et de l'information sera une des principales forces motrices de la croissance économique nationale. La propriété intellectuelle, notamment les brevets, est "un instrument de progrès technique, de croissance économique et de création de richesses pour toutes les nations."² On l'a appelée le "nouvel or de notre époque"³ qui attend d'être extrait et exploité. Le rôle croissant du système des brevets est visible depuis quelques années, par exemple, dans la conception et l'application rapides de stratégies en matière de brevets et l'expansion du système international des licences.

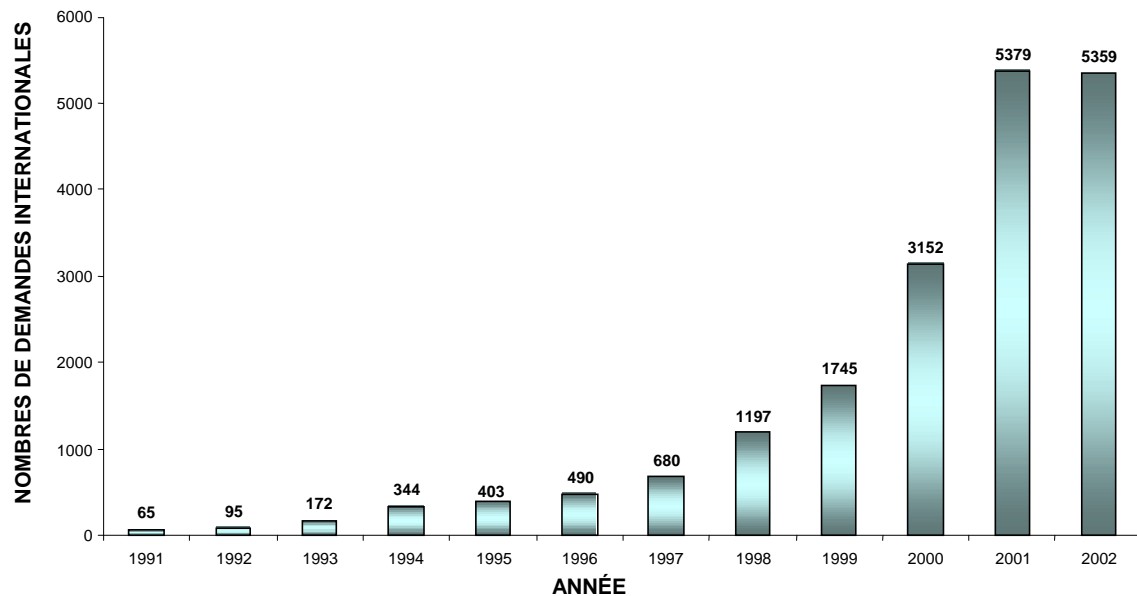
Quel que soit leur niveau de développement économique, de nombreux pays ont fini par se rendre compte de l'avantage énorme de posséder des industries à forte valeur ajoutée, depuis la biotechnologie, les soins de santé, l'alimentation et l'agriculture jusqu'à la technologie de l'information et la bio-informatique. Le graphique ci-dessous illustre amplement la croissance spectaculaire de la participation des pays en développement à l'exploitation de cette nouvelle source de richesses.

¹ L'OMPI utilise le terme "système international des brevets" dans un sens très large pour désigner "non seulement le système juridique à tous les niveaux, y compris aux niveaux national et régional ainsi qu'au niveau du PCT, et toutes les initiatives qui pourront voir le jour, mais aussi l'infrastructure d'appui prévue par les différents systèmes juridiques aux fins de la gestion, du maintien en vigueur et de l'exploitation des demandes ou des brevets ainsi que de la sanction des droits y relatifs. Il s'agit des offices de brevets nationaux ou régionaux, du Bureau international de l'OMPI, des organismes partenaires des secteurs publics et privés, tels que les ministères de la justice, du commerce, des sciences ou de la technologie, d'autres organismes gouvernementaux pertinents, des institutions chargées de faire respecter les droits de propriété intellectuelle, des entreprises privées, des universités et des instituts de recherche, ainsi que des associations d'entreprises utilisatrices, des inventeurs et des agents de brevets." Voir le Mémoire du directeur général de l'OMPI sur le Plan d'action pour le développement du système international des brevets (A/36/14) [Plan d'action de l'OMPI (A/36/14)], p. 2.

² *Ibid.*

³ Allocution d'ouverture prononcée par le Ministre d'État du droit et des affaires intérieures, M. Ho Peng Kee, maître de conférences, à la Conférence Europe-Asie sur l'information brevets, tenue en septembre 2002 à Singapour.

**DEMANDES INTERNATIONALES DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT
REÇUES PAR LE BUREAU INTERNATIONAL DE L'OMPI, 1991 - 2002**



Toutefois, comme l'a souligné l'OMPI, le système international des brevets doit apporter "le plus d'avantages possibles aux pays qui y participent, compte tenu du niveau, très variable, de développement technologique et économique de ceux-ci."⁴ L'hétérogénéité des nations a d'ailleurs été notée dans de nombreuses publications érudites, notamment celles de la Commission des droits de propriété intellectuelle du Royaume-Uni (CIPR)⁵ et de la Banque mondiale⁶.

Comme les autres droits de propriété intellectuelle, un brevet⁷ doit l'étendue de sa protection aux lois intérieures particulières en vigueur dans chaque pays⁸. L'on reconnaît généralement que d'importantes contradictions dans les lois et règlements nationaux sur les brevets peuvent créer des obstacles à l'appropriation des avantages que l'on souhaite obtenir des droits attachés aux brevets. Comme l'a noté l'OMPI :

⁴ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets (A/36/14), ci-dessus note 1, p. 2.

⁵ Voir le Rapport de la Commission des droits de propriété intellectuelle du Royaume-Uni (Commission on Intellectual Property Rights - CIPR), "Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy (2002)" (rapport de la CIPR). Voir aussi la réponse du Gouvernement du Royaume-Uni au rapport de la CIPR, rédigée par le Département du développement international et le Département du commerce et de l'industrie, à l'adresse <http://www.dfid.gov.uk>.

⁶ Voir Banque mondiale, "Intellectual property: balancing incentives with competitive access" (2001), Perspectives de l'économie mondiale, 129-150, à l'adresse <http://www.worldbank.org/prospects/gep2002/chapt5.pdf>.

⁷ Un brevet national attribue à un inventeur le droit d'empêcher les autres de fabriquer, de vendre ou d'utiliser le produit ou le procédé protégé sans autorisation pendant une période de temps déterminé dans un pays donné. En retour, la société dans son ensemble le contraint à divulguer l'invention revendiquée de façon assez détaillée pour montrer comment l'invention fonctionne, ce qui accroît la somme des connaissances publiques acquises dans ce domaine. Voir Banque Mondiale (2001) "Intellectual property : balancing incentives with competitive access", ci-dessus note 6.

⁸ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets (A/36/14), ci-dessus note 1, p. 2.

“Une structure plus homogène permettant d’obtenir des brevets dans le monde entier encouragerait davantage d’utilisateurs à mettre au point et à commercialiser leurs inventions sur une base vraiment internationale; ils craindraient moins ainsi que leurs travaux ne soient pas protégés de manière uniforme et efficace, ce qui favoriserait une innovation et une croissance économique plus dynamiques et moins coûteuses.”

En conséquence, de nombreux pays reconnaissent la nécessité de mettre en place, ce qu’ils ont fait, des systèmes régionaux⁹ et internationaux de brevets¹⁰ afin de pouvoir d’assurer des transferts de technologie plus efficaces à une époque où le libre-échange et le commerce ne font que s’amplifier. L’inclusion des questions touchant aux droits de propriété intellectuelle dans les négociations commerciales internationales, telles que le cycle des Négociations d’Uruguay de l’Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) [aujourd’hui l’Organisation mondiale du commerce (OMC)], dont un des points culminants a été l’Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC), contribue à souligner la transformation radicale du rôle joué par la propriété intellectuelle dans le libre-échange. Issu de l’Accord sur les ADPIC, un cadre mondial pour l’application obligatoire de normes minimales de protection de la propriété intellectuelle a été créé pour tous les membres de l’OMC¹¹.

1.2 RÔLE TRADITIONNEL DU SYSTÈME DES BREVETS

“Un système de la propriété industrielle, et plus précisément un système des brevets, solide et dynamique permet de soutenir et d’encourager l’innovation technique, de mettre sur le marché des produits plus nombreux et de meilleure qualité dans l’intérêt de chacun et de promouvoir les investissements et le transfert de technologie.”¹²

Le rôle traditionnel du système des brevets, dont le but est de trouver un équilibre idéal entre le désir d’encourager l’innovation au moyen d’incitations judicieuses et la nécessité non seulement de préserver un accès raisonnable aux connaissances et aux informations s’y rapportant, mais d’en garantir aussi l’utilisation, reste intact aujourd’hui. La protection légale des résultats d’investissements efficaces empêche la production de copies illicites et permet au titulaire du brevet de bénéficier d’une “position exclusive sur le marché”, avec la capacité pendant un certain temps de fixer des prix supérieurs aux coûts marginaux de production¹³. D’autre part, il est très profitable à la société de pouvoir diffuser et utiliser les connaissances et l’information dérivées des brevets. Le système des brevets cherche à établir un juste

⁹ Citons comme exemples la Convention sur le brevet européen (CBE), l’Accord relatif à la création de l’Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), la Convention sur le brevet eurasiatique et le Protocole relatif aux brevets et aux dessins et modèles industriels dans le cadre de l’Organisation régionale africaine de la propriété industrielle (ARIPO) (“Protocole de Harare”). L’on notera aussi le Système des brevets de la Communauté européenne qui prévoit l’octroi d’un brevet unitaire ayant force de loi dans tous les pays membres de la Communauté européenne.

¹⁰ Outre l’Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC), on peut citer la Convention de Paris (adoptée en 1883), le Traité de coopération en matière de brevets (PCT) et le Traité sur le droit des brevets (PLT).

¹¹ Voir l’Accord sur les ADPIC.

¹² Voir le Plan d’action de l’OMPI pour le développement du système des brevets (A/36/14), note 1 ci-dessus, p. 1.

¹³ Voir Banque mondiale (2001) “Intellectual property : balancing incentives with competitive access”, note 6 ci-dessus.

équilibre entre ces deux objectifs en fixant, entre autres, des limites aux types d'objet pouvant être brevetés, l'étendue et la durée de la protection et les exceptions s'y rapportant. À l'expiration de la durée de l'"exclusivité protégée", les connaissances et l'information peuvent être utilisées par le public sans être soumises aux contraintes des droits conférés par les brevets.

Ce qui constitue un "juste compromis" entre l'incitation et la diffusion est toutefois une question très controversée. La mise au point de techniques nouvelles suppose d'importants investissements dans la recherche-développement, qui comportent des risques et un degré d'incertitude considérables. En outre, la formation d'un marché très compétitif a entraîné certaines divergences de vues sur les facteurs, et leur poids respectif, qui devraient être pris en compte au moment de déterminer comment il convient de trouver l'équilibre souhaité¹⁴.

Traditionnellement, le système des brevets a été élaboré comme un outil d'intérêt public utilisant "la création et l'exercice de droits privés [exclusifs] comme moyen de promouvoir l'intérêt public."¹⁵ Il est considéré par ses détracteurs comme symbolisant "le transfert du contrôle et de la propriété de la technologie du public vers le privé et servant à transformer en marchandises des informations techniques essentielles qui devraient selon eux rester dans le domaine public."¹⁶ C'est ainsi que tout renforcement des droits attachés aux brevets peut être perçu comme une priorité accordée aux droits privés au détriment du bien public. Cela pourrait bien expliquer en partie la résistance de ceux qui ne souhaitent pas étendre la protection par brevet aux nouvelles percées technologiques, par exemple celles du domaine de la biotechnologie¹⁷.

1.3 ADAPTATION NÉCESSAIRE POUR RELEVER LES DÉFIS DE L'ÂGE DE L'INNOVATION

"L'évolution future du système international des brevets devrait permettre d'établir un juste équilibre entre les droits des inventeurs [et de leurs investisseurs] et ceux du grand public, tout en tenant compte de ses incidences sur le monde en développement."¹⁸

Le rythme rapide du progrès scientifique et technologique au cours des dernières décennies a entraîné une révolution technologique sans précédent qui place le système international des brevets devant d'immenses tâches à accomplir. L'une d'elles est due aux pressions accrues que subissent de nombreux pays pour qu'ils se conforment à de nouvelles normes internationales afin de faciliter, tout en y participant, la croissance d'un marché mondial fortement intégré et concurrentiel. La révolution ainsi déclenchée, en particulier par

¹⁴ Voir Banque mondiale (2001) "Intellectual property: balancing incentives with competitive access", *ibid.*

¹⁵ Voir le Mémoire du directeur général de l'OMPI sur le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), § 11.

¹⁶ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 3.

¹⁷ Par exemple : le Groupe africain a demandé que les brevets sur toutes les formes de vie et tous les processus vivants soient interdits. Voir Khor, "TRIPS debate on biological materials : Africa reiterates proposal to ban life patents" (11 juin 2003) à l'adresse <http://www.twinside.org.sg>.

¹⁸ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), note 15 ci-dessus.

les industries biotechnologiques et celles de l'information et de la communication, a été une source de richesse pour un grand nombre, tout comme elle a provoqué l'indignation d'autres milieux. Ces tâches à accomplir ont été brièvement définies comme suit par l'OMPI :

“Le système international des brevets a connu des taux d'utilisation dépassant largement ce que l'on aurait pu imaginer il y a seulement dix ans ... Pourtant, ces résultats très positifs n'ont pas suscité de satisfaction universelle, que ce soit dans le cercle restreint des administrateurs et des utilisateurs du système des brevets ou plus généralement parmi les bénéficiaires cibles du système dans la société. Le système est aujourd'hui confronté à une double difficulté : un problème interne qui a trait au fonctionnement réel du système [par exemple, une crise que connaissent de nombreux offices de brevets en raison de la charge de travail, des doubles emplois, de la nécessité de recourir à des examinateurs de brevets experts, etc.]; et un problème externe qui porte sur le rôle général et les incidences économiques et sociales du système des brevets ... Au niveau plus large du débat public, la manière dont la société perçoit le système international des brevets est entachée d'appréhension et de malaise. Après une longue période d'indifférence relative ... ce dernier est plus récemment apparu sur la scène publique. Pourtant, cet intérêt accru ne résultait pas d'une quelconque contribution du système à la création et à la diffusion de nouvelles technologies. Il découle plutôt des préoccupations concernant les effets négatifs perçus du système : tout d'abord, la controverse concernant l'éventualité que les brevets puissent gêner les tentatives des gouvernements visant à régler les questions politiques urgentes; et ensuite, des préoccupations concernant l'octroi de la protection par brevet à certaines formes de nouvelles technologies, en particulier la biotechnologie.”¹⁹

1.3.1 Technologies nouvelles : Biotechnologie

Le système des brevets a été obligé de s'adapter aux progrès rapides des nouvelles technologies, notamment en biotechnologie. Ce faisant, il a été confronté, et continuera de l'être, à de nombreuses questions difficiles et souvent controversées en biotechnologie et en bioéthique. La course biotechnologique a fait naître un sentiment d'urgence aigu qui a incité de nombreux pays à concevoir et à créer un environnement idéal qui attirerait vers leurs rivages des talents et des investissements. Il en est résulté une enquête multinationale et pluridisciplinaire sur les aspects juridiques, économiques, technologiques, écologiques et sociaux de la création, de l'exploitation et de la gestion de la propriété intellectuelle. Ce tissu complexe de considérations touchant à la science, à l'éthique, à l'environnement et à la politique commerciale dans le domaine de la biotechnologie est un terrain fertile pour les initiatives et la collaboration mondiales²⁰. Le tumulte provoqué par les recherches sur les cellules souches et le récent dilemme mondial relatif au clonage humain reproductif et thérapeutique mettent en relief certaines des difficultés rencontrées. D'autres questions controversées et ardues apparues au cours des dernières années comprennent celles relatives aux produits alimentaires et aux formes de vie génétiquement modifiés, au génie tissulaire, à

¹⁹ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 2.

²⁰ Il est utile de noter que certains pays (États-Unis, Inde, Japon, Corée et Singapour) ont récemment terminé leur document de consultation sur les recherches relatives aux cellules souches.

la thérapie médicale et génique, à la brevetabilité des gènes et des molécules biologiques (telles que l'ADN, l'ARN, les EST, les SNP, les protéines, etc.), à la xénotransplantation, aux tests et à la sélection d'embryons, au clonage animal et à la création récente d'humains hybrides ("she-males") possédant des cellules des deux sexes.

En outre, la fusion de la biologie et de la technologie de l'information a engendré des inventions bio-informatiques qui rapportent un montant estimé à plus d'un milliard de dollars de recettes annuelles dans le monde, grâce aux progrès réalisés dans le domaine des soins de santé²¹. Cette expansion a aussi soulevé d'intéressantes questions relatives à la protection de la bio-informatique sous le système de la propriété intellectuelle. Les questions concernant les séquences biologiques, les bases de données biologiques et les logiciels et le matériel bio-informatiques, tels que les "thermocycleurs" et la technologie des puces à ADN, couvriront de nombreux domaines du système de la propriété intellectuelle, notamment les brevets, les droits d'auteur, les secrets d'affaires et la protection des bases de données.

1.3.2 Technologies nouvelles : Technologie de l'information

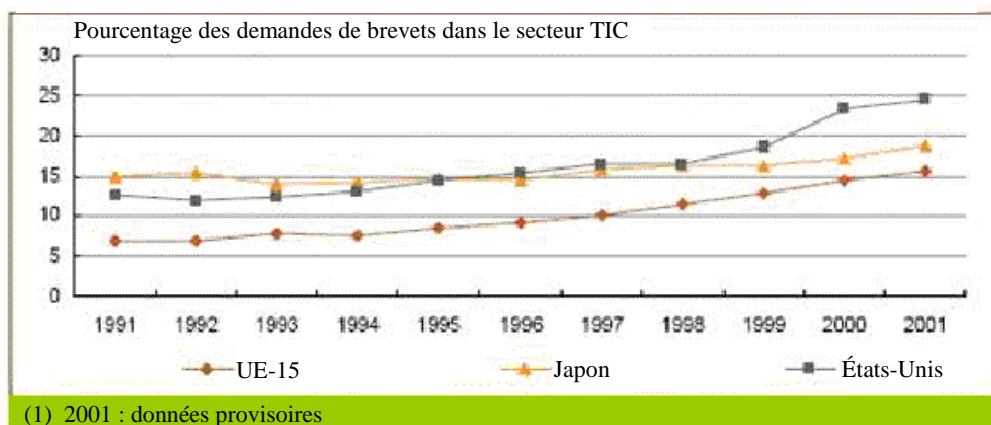
En plus de la révolution biotechnologique, l'apparition de la technologie de l'Internet a provoqué un "changement de proportions sismiques" dans la façon dont on manie l'information au XXI^e siècle. Cette transformation a accentué la concurrence à l'échelle planétaire et soulevé de nombreux problèmes qui influent profondément sur les systèmes sociaux, économiques et aussi juridiques dans le monde entier. L'accès instantané à l'information et sa facilité de reproduction font que les frontières géographiques ne sont plus des repères sûrs pour la protection. Les fluctuations subies par l'étendue et le mode de protection des logiciels en général et ceux disponibles sur des supports intangibles tels que l'Internet ont placé le système des brevets devant des problèmes considérables²². L'on en voit aussi le reflet dans la croissance formidable des demandes de brevets déposées dans les secteurs de la technologie de l'information et de la communication. Citons comme exemple l'Europe où les demandes de brevets dans ce domaine ont plus que doublé au cours des dix dernières années. (Voir les deux graphiques ci-après : un rapport récent d'Eurostat, le bureau statistique des communautés européennes, fait apparaître une augmentation du nombre de demandes de brevets déposées auprès de l'OEB dans le secteur de l'information et de la communication, comme suit) :

²¹ Voir M. Scott McBride, "Bioinformatics and Intellectual Property Protection" (2002) 17 Berkeley Technology Law Journal 1331, citant John Thackray, BIOINFORMATICS Grows LEGS, ELEC. BUS., juillet 2001 (déclarant d'après un rapport de Strategic Direction International (SDI) que "La bio-informatique a créé des recettes mondiales [en 2000] de plus de 700 millions de dollars ... dont le volume total pourrait dépasser deux milliards de dollars [en 2001]").

²² Voir, sur un plan général, David Bainbridge, "Software Patents" (2002) 7 IP & IT Law 5; "Japan gives software patents green light" (2002) Managing IP (avril); Stephen Whybrow, "Directive diverges from practice" (2002) Managing IP (mai); David Booton et Peter Mole, "The Action Freezes? The Draft Directive on the Patentability of Computer-implemented Inventions" [2002] IPQ 289.

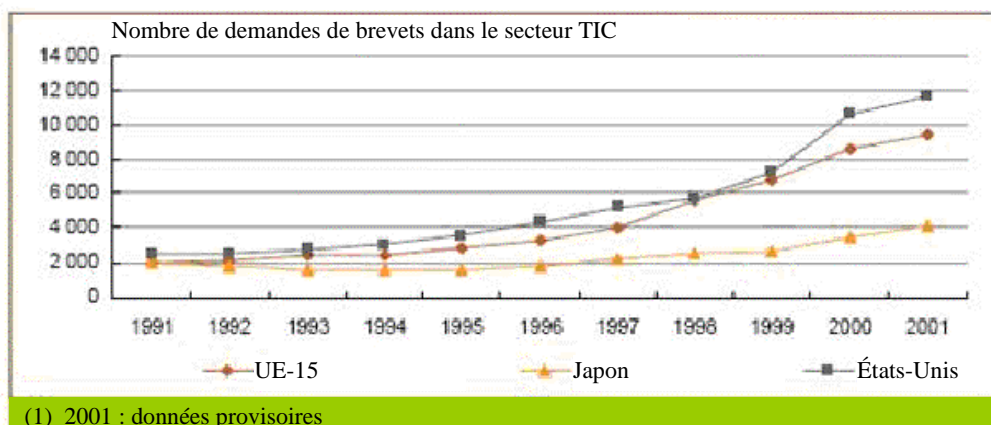
Augmentation du nombre de demandes de brevets auprès de l'OEB dans le secteur de la technologie de l'information et de la communication (TIC)

Figure 1 : évolution de la part du secteur TIC dans le nombre total de demandes auprès de l'OEB provenant de l'UE-15, du Japon et des États-Unis (1)



(1) 2001 : données provisoires

Figure 2 : évolution des demandes de brevets dans le secteur TIC auprès de l'OEB, provenant de l'UE-15, du Japon et des États-Unis – Nombre total (1)



(1) 2001 : données provisoires

- En 2001 la part du secteur de la technologie de l'information et de la communication (TIC) dans le nombre total de demandes de brevets auprès de l'Office européen des brevets (OEB) provenant de l'UE-15 était 2,3 fois supérieure à celle de 1991. Ce rapport était supérieur de 1,3 et de 2,0 pour le Japon et les États-Unis respectivement.
- Les demandes de brevets dans le secteur TIC auprès de l'OEB comptaient pour 15,5% du total pour l'UE en 2001, 18,7% pour le Japon et 24,6% pour les États-Unis.
- Six pays comptaient pour 90,7% des demandes de brevets dans le secteur TIC de l'UE auprès de l'OEB : Allemagne (29,9%), Royaume-Uni (18,6%), France (15,3%), Pays-Bas (10,4%), Suède (8,9%) et Finlande (7,5%).

(Source : Guido Strack, "Increase in patent applications to the EPO in the ICT sector between 1991 and 2001")

La convergence des sphères juridiques et technologiques dans le domaine des transactions internationales sur l'Internet (notamment celui du commerce électronique) et du droit des brevets a aussi soulevé de nombreuses controverses, par exemple, en ce qui concerne

les brevets sur les méthodes commerciales. La coïncidence entre le commerce électronique mondial et le droit des brevets a engendré entre les différentes législations nationales à la fois “des forces de conflit et des forces de convergence” multijuridictionnelles²³. Ce phénomène à son tour a été accentué par la divergence des législations sur les brevets en vigueur dans différents pays sur des questions telles que la brevetabilité des méthodes commerciales.

1.3.3 *Autres défis à relever*

La récente controverse déclenchée par la pandémie du VIH/SIDA met aussi en relief un autre problème sans précédent auquel est confronté le système international des brevets dans le domaine de la santé publique. La Déclaration ministérielle de Doha concernant l'Accord sur les ADPIC et la santé publique²⁴, adoptée en conséquence par l'OMC, a été considérée “en fait comme une réponse aux préoccupations de nombreux gouvernements qui souhaitaient bénéficier d'une souplesse suffisante au niveau national pour aborder les problèmes de santé publique.”²⁵

L'intégration accrue entre la propriété intellectuelle et le commerce, accompagnée d'une accélération des échanges internationaux, exige que l'on applique une stratégie internationale de coopération à l'élaboration d'un système international de brevets efficace qui opère en pratique conformément à ses principes fondamentaux, en vertu desquels l'intérêt public est au cœur du système²⁶. A moins qu'ils ne soient correctement abordés et analysés, les tensions et les déséquilibres auront tendance à s'accroître.

Le chapitre 2 s'efforce de définir et d'évaluer certains facteurs corrélatifs et peut-être causatifs pouvant expliquer les inégalités réelles ou supposées que rencontrent les participants à l'actuel système international des brevets.

²³ Un aspect caractéristique de cette coïncidence a été noté par l'OMPI, à savoir “la nature interdisciplinaire du commerce électronique et l'incidence correspondante de cet élément sur les forces de convergence.” Voir Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, “Étude sur les questions relatives au commerce électronique et à la propriété intellectuelle”, à l'adresse <http://ecommerce.wipo.int/primer/section1.html>, cité dans Larry A. DiMatteo, “The New ‘Problem’ of Business Method Patents : The Convergence of National Patent Laws and International Internet Transactions” (2002), 28 Rutgers Computer and Technology Law Journal 1. Voir aussi Eugene R. Quinn Jr, “The Proliferation of Electronic Commerce Patents : Don't Blame the PTO” (2002), 28 Rutgers Computer & Technology Law Journal 121.

²⁴ La déclaration reconnaissait l'importance de la propriété intellectuelle, notamment de la protection des brevets pour la mise au point de nouveaux médicaments.

²⁵ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6).

²⁶ Voir Plan d'action de l'OMPI : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 2.

CHAPITRE 2

TENSIONS ET DÉSÉQUILIBRES

2.1 INTRODUCTION

Les droits de propriété intellectuelle, notamment les brevets, sont des instruments qui peuvent stimuler ou entraver le développement économique et technologique national. Leur utilisation impropre peut paralyser le développement d'un pays. Si, au contraire, on les exploite judicieusement, ils peuvent assurer des taux plus élevés d'innovation scientifique et technologique et appuyer les investissements favorables à une augmentation du volume du commerce mondial, stimulant ainsi le développement économique, social et technologique.

Toutefois, de nombreux pays en développement sont confrontés à des dilemmes de politique générale et structurels, concernant, entre autres, le degré et la programmation de leur participation au système international des brevets. Il a été brièvement noté que :

“À mesure que leur situation économique s'améliore, ces pays doivent passer par le stade de l'intégration au système international des brevets jusqu'à en devenir des acteurs à part entière, dont la population tire des bénéfices tangibles non seulement de l'importation de produits et de techniques brevetés mais aussi de la propriété des droits attachés aux brevets.”²⁷

Bien d'autres opinions ont été exprimées à ce sujet et il suffira ici de rappeler certaines des questions et observations principales. Il est utile de noter que ces intérêts divergents et souvent contradictoires ont été mentionnés au cours de débats du genre “Les droits de propriété intellectuelle sont-ils ‘bons ou mauvais’ pour les pays en développement?”

*LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : BONS OU MAUVAIS?
(Quelques points de vue)*

Du côté des exportateurs nets de droits de propriété intellectuelle (qui sont généralement des pays du monde développé) les arguments avancés comprennent les suivants :

- *L'on a fait valoir que les droits de propriété intellectuelle sont “favorables au commerce, profitent au public dans son ensemble, servent de catalyseurs au progrès technique” et, de ce fait, “si les droits de propriété intellectuelle sont utiles, plus il y en a, mieux cela vaut.” Voir Hugh Laddie J., Avant-propos du rapport de la CIPR.*
- *En renforçant leurs systèmes de droits de propriété intellectuelle ... les pays en développement pourront probablement attirer des apports de technologie plus considérables grâce au commerce international des biens et des services, aux investissements étrangers directs (IED) et aux licences technologiques accordés*

²⁷ Voir le Plan d'action de l'OMPI (A/36/14), ci-dessus note 1, p. 7.

sous contrat. (Voir Banque mondiale (2001), "Intellectual property: balancing incentives with competitive access", dans Perspectives économiques mondiales, 129-150, Washington, DC.)

Du côté des importateurs nets de droits de propriété intellectuelle (généralement des pays en développement ou parmi les moins avancés), les arguments avancés sont, entre autres, les suivants :

- *“les droits de propriété intellectuelle auront tendance à paralyser le développement des industries et des technologies locales, seront nuisibles à la population et ne profiteront à personne d’autre que le monde développé”; de ce fait, “si les droits de propriété intellectuelle sont mauvais, moins il y en aura, mieux cela vaudra.” Voir Hugh Laddie J., Avant-propos du rapport de la CIPR.*
- *Les droits de propriété intellectuelle pourraient entraîner une augmentation des prix des produits importés et des nouvelles technologies protégés par ces droits et une baisse d’activité économique due à la cessation d’activités d’imitation; l’abus éventuel de mesures de protection par les détenteurs de brevets, notamment les grandes sociétés étrangères. (Voir Maskus, K. (2000) Intellectual Property Rights in the Global Economy, Washington DC: Institute for International Economics. Il faut noter toutefois que, selon l’auteur, les coûts sont plus que compensés par les avantages à long terme que procurent les droits de propriété intellectuelle, même dans les pays en développement).*

Une récente publication de la Banque mondiale notait que :

“Il y a des raisons de penser que la sanction des droits de propriété intellectuelle a une incidence nette positive sur les perspectives de croissance. Sur le plan intérieur, la croissance est stimulée par des taux plus élevés d’innovation, bien que ce facteur tende à être plutôt négligeable jusqu’à ce que les pays arrivent dans la tranche de revenu intermédiaire ... Les pays pauvres en particulier ... pourraient trouver avantage à étaler l’application de certains aspects des droits de propriété intellectuelle.”²⁸

LA SANCTION DES DROITS AUGMENTE AVEC LES REVENUS

Plusieurs faits stylisés ressortent de la documentation relative au niveau de développement et aux droits de propriété intellectuelle.

1. Les pays qui ont un niveau élevé de R-D par rapport à leur produit intérieur brut (PIB) ou une forte proportion de scientifiques et d’ingénieurs dans leur population active ont des droits de brevets sensiblement mieux établis que ceux d’autres pays. Il est évident que ces pays désirent protéger le rendement de leur activité inventive.

²⁸

Banque mondiale, “Intellectual property: balancing incentives with competitive access”, voir ci-dessus note 6.

2. *L'avantage qu'il y a à encourager l'imitation à faible coût domine la politique des droits de propriété intellectuelle jusqu'à ce que les pays atteignent une tranche de revenu intermédiaire avec des capacités intérieures d'invention et d'absorption. Ce n'est qu'à des niveaux de revenu élevés que les droits de brevet assurent une forte protection.*

- *Les pays les moins avancés ne consacrent pratiquement aucune ressource à l'innovation et n'ont guère de propriété intellectuelle à protéger.*
- *A mesure que les revenus et les capacités techniques atteignent des niveaux intermédiaires, une certaine innovation adaptative apparaît bien que la concurrence provienne essentiellement de l'imitation. C'est pourquoi la majorité de ceux qui ont des intérêts économiques préfèrent un faible niveau de protection.*
- *A mesure que les économies atteignent des niveaux supérieurs de capacité technologique et que la demande s'oriente vers des produits de plus haute gamme, les entreprises nationales en viennent à préférer des droits de propriété intellectuelle plus fortement protecteurs.*
- *Le degré de protection des droits de propriété intellectuelle progresse aux niveaux de revenu les plus élevés (Evenson et Westphal 1997). Non seulement les droits de propriété intellectuelle créés par voie législative deviennent plus efficaces, mais leur sanction et leur respect augmentent aussi avec les niveaux de revenu.*

3. *Les pays qui sont plus ouverts au commerce tendent à avoir des droits de brevet plus protecteurs.*

- *Ce résultat porte à croire que le commerce a une interaction positive avec la demande de protection de la propriété intellectuelle.*
- *La dimension d'une économie, mesurée par son PIB absolu, ne permet pas de déceler une corrélation avec les droits de brevet.*

Source : Banque mondiale (2001), "Intellectual property: balancing incentives with competitive access" (2001), Perspectives de l'économie mondiale, 129-150. Voir aussi Evenson et Westphal (1997), "Technological Change and Technology Strategy", dans Behrman et Srinivasan (éds.), Handbook of Development Economics (vol. 3A).

2.2 CORRÉLATION OU RELATION CAUSALE : OBSERVATION

Ce n'est pas dans le champ de la présente étude ni avec les ressources disponibles que l'on peut entreprendre une analyse détaillée des causes réelles ou supposées de l'appréhension et des réserves entourant l'actuel système international des brevets. Les pays du monde développé et en développement semblent être divisés sur les orientations et l'évolution que ce système devrait suivre. Il serait difficile de cerner de manière suffisamment fiable les principales causes de ces tensions puisque les chaînes et les agents de causalité sont souvent complexes et interdépendants.

Quoi qu'il en soit, il peut être utile d'indiquer certaines des raisons citées le plus souvent qui contribuent, dit-on, aux déséquilibres existant au sein du système international des brevets. Il convient de noter que bon nombre de ces raisons, comme c'est le cas avec d'autres, méritent d'être étudiées et discutées plus attentivement qu'on ne peut le faire dans la présente étude.

2.2.1 L'Accord sur les ADPIC

À l'âge de l'innovation qui est le nôtre, un mouvement vers un système des brevets plus uniforme et "adapté aux besoins de tous" pourrait contribuer à creuser l'écart entre les pays développés (généralement considérés comme exportateurs et titulaires nets de droits de propriété intellectuelle) et les pays en développement (généralement considérés comme importateurs et utilisateurs nets de ces droits). L'on a même soutenu que l'application à tous les membres de l'OMC des normes minimum obligatoires de protection de la propriété intellectuelle prévue par l'Accord sur les ADPIC a creusé plus qu'elle n'a réduit cet écart²⁹.

Alors que les effets de cet accord sur l'industrie et la technologie varieront selon le niveau de développement économique et technologique de chaque pays³⁰, l'on a fait observer que ce texte "a certainement modifié les règles mondiales du jeu en faveur des [pays industrialisés]" puisque c'est là que se crée la très grande majorité des droits de propriété intellectuelle³¹.

La Banque mondiale a fait remarquer que de nombreux pays en développement ont approuvé l'Accord sur les ADPIC afin d'obtenir des concessions de la part des pays riches dans d'autres domaines de l'activité économique (ou pour obtenir un plus gros volume d'assistance)³², exprimant l'avis que "les pays en développement ont suivi cette voie pour différentes raisons, soit l'espoir d'obtenir un plus large accès aux marchés de l'agriculture et du vêtement dans les pays riches, soit celui d'un avenir où des droits de propriété intellectuelle plus protecteurs leur assureraient des transferts de technologie et des activités d'innovation plus considérables."³³ Toutefois, "la promesse d'avantages à long terme paraît incertaine et coûteuse à tenir dans de nombreux pays, notamment les plus pauvres."³⁴ En plus des coûts structurels de l'application, certains des pays les moins avancés se trouvent devant

²⁹ Voir Laddie Jr., Avant-propos du rapport de la CIPR, ci-dessus note 5.

³⁰ Voir, par exemple, Sanjaya Lall et Manuel Albaladejo, "Working Paper Number 85 : Indicators of the Relative Importance of IPRs in Developing Countries", QEH Working Paper Series – QEHWPS85 (avril 2002) ("Lall & Albaladejo"); Braga, C.A.P., Fink, C., et Sepulveda, C.P. (1999) "Intellectual property rights and economic development", Banque mondiale, documentation d'information générale pour le Rapport sur le développement dans le monde 1999, Technet Working Paper consultable sur le site <http://www.cid.harvard.education/cidtrade/issues/ipr.html>; Maskus, K. (2000) Intellectual Property Rights in the Global Economy, Washington DC : Institute for International Economics à http://www.iie.com/publications/publication.cfm?pub_id=99.

³¹ Voir Banque mondiale (2001), "Intellectual property : balancing incentives with competitive access", ci-dessus note 6.

³² Voir Lall et Albaladejo, ci-dessus note 30, p. 85. Voir aussi Banque mondiale (2001) "Intellectual property: balancing incentives with competitive access", ci-dessus note 6.

³³ Voir Banque mondiale (2001) "Intellectual property : balancing incentives with competitive access", *ibid*.

³⁴ Voir Banque mondiale (2001) "Intellectual property : balancing incentives with competitive access", *ibid*.

des obstacles immédiats tels que “les coûts et problèmes administratifs liés à des prix plus élevés pour les médicaments et certains facteurs de production technologiques essentiels.”³⁵ En outre, il manque généralement à ces pays la capacité technologique requise pour profiter des innovations d’origine intérieure; ils en attendent donc une moindre création de propriété intellectuelle. Il n’est pas surprenant, par conséquent, de constater que certains pays en développement encouragent les imitations à faible coût dans l’espoir de pouvoir renforcer rapidement leurs capacités.

ARGUMENTS ÉCONOMIQUES EN FAVEUR D’UN RENFORCEMENT DES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE?

Étant donné les coûts nets à court terme évidents qu’imposent aux pays moins industrialisés les droits de propriété intellectuelle (prix plus élevés de la technologie et des produits protégés), un argument économique valable les incitant à accepter l’Accord sur les ADPIC (interprété ici comme le renforcement des droits de propriété intellectuelle) serait qu’ils puissent à long terme encaisser des bénéfices nets plus élevés (entrées de technologies et d’IED et stimulation de l’innovation locale). En outre, la valeur actuelle de ces bénéfices ... doit plus que compenser la valeur actuelle de ces coûts ... Il faut pour cela que les bénéfices soient tout à fait considérables et encaissables à moyen terme : ceux qui leur reviendront plus tardivement, par exemple dans dix ans, seront pratiquement sans aucune valeur effective.

Source : Sanjaya Lall et Manuel Albaladejo, “Working Paper Number 85 : Indicators of the Relative Importance of IPRs in Developing Countries,” QEH Working Paper Series – QEHWPS85 (avril 2002).

La question reste donc ouverte de savoir si les pays en développement qui ont approuvé l’Accord sur les ADPIC pour obtenir des concessions de la part des pays développés dans d’autres domaines d’activité économique (ou pour obtenir un plus gros volume d’assistance) en ont effectivement tiré ces avantages³⁶. Il y a certainement de bonnes raisons incitant à réexaminer le champ d’application et le fonctionnement de cet accord. S’il devait exister un désavantage effectif ou possible dû à des déséquilibres sérieux dans l’échange de concessions entre les pays développés et les pays en développement au titre de l’Accord sur les ADPIC et dans son fonctionnement effectif par rapport à celui qui était souhaité, les solutions permettant d’y remédier sont certainement à notre portée.

2.2.2 Insuffisances structurelles dans les pays en développement

Comme les problèmes mentionnés à propos de l’Accord sur les ADPIC ont peu de chances de disparaître dans un avenir proche, il serait peut-être simpliste ou prématuré à ce stade de tenter de formuler des conclusions quelconques sur le rôle joué par cet accord, ou tout autre accord multilatéral du même genre, dans le fait que certains pays en développement n’ont pas réussi à encaisser les bénéfices attendus d’une plus large participation au système international des brevets. Quoi qu’il en soit, il fait peu de doute que certains pays en développement ont des préoccupations justifiées auxquelles il faut prêter attention. La solution ne consiste pas toutefois à se livrer à des récriminations concernant des obligations

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Banque mondiale (2001), “Intellectual property : balancing incentives with competitive access”, voir ci-dessus note 6 et Lall et Albaladejo ci-dessus note 30.

internationales adoptées en bonne et due forme dans l'exercice de la souveraineté nationale. Lorsqu'il y a des preuves irréfutables d'insuffisances, le pragmatisme exige que l'on recherche de manière délibérée des compromis sous la forme de consensus pouvant atténuer les répercussions imprévues et involontaires subies par différents pays.

Comme avec tous les autres accords internationaux, les avantages de la participation sont difficiles à quantifier, sans parler du problème de leur répartition équitable. Les rapports entre les droits de propriété intellectuelle, l'innovation, les IED et la croissance économique à long terme sont encore mal compris et restent un sujet de controverse³⁷. Ils semblent être non linéaires et dépendre aussi à coup sûr d'autres facteurs tels que le niveau de développement économique³⁸, la maturité du système juridique, la volonté politique d'adopter des mesures judicieuses, la qualité de la main-d'œuvre, les transferts effectifs de technologie et le fonctionnement efficace des mécanismes de l'État. À court terme, il est peut-être illusoire d'espérer que de simples améliorations apportées aux systèmes actuels de la propriété intellectuelle constitueraient une panacée immédiate pour les insuffisances structurelles constatées dans certains pays en développement.

2.2.3 Questions d'intérêt public : santé et alimentation

Comme un des principaux objectifs du système des brevets est de récompenser l'innovation en permettant aux inventeurs de fixer des "prix plus élevés" pour leurs produits protégés, l'on a affirmé qu'un système de brevets entièrement fonctionnel aboutirait à une relation inverse entre le coût de ces produits et ce qu'il en coûte d'y accéder³⁹. Certains sont allés plus loin en laissant entendre que le système mondial de la propriété intellectuelle est confronté à une crise de légitimité publique puisque des groupes de citoyens partout dans le monde soulèvent des questions concernant, par exemple, la façon dont les brevets empêchent peut-être les gens ordinaires d'accéder à certains médicaments⁴⁰.

Bien qu'un système de brevets renforcé puisse fournir aux entreprises pharmaceutiques les incitations nécessaires (qualifiées de "marginales" par la Banque mondiale)⁴¹ à la recherche de nouveaux traitements pour certaines maladies du "tiers monde", il est urgent d'envisager des améliorations correspondantes à l'accès aux médicaments. La situation dans certains des pays les moins avancés qui ont un besoin critique d'accéder à certains produits pharmaceutiques pour soigner le VIH/SIDA, le paludisme, la tuberculose et d'autres maladies mérite d'être examinée sérieusement. Nous estimons que le système des brevets est capable d'aborder le problème de l'amélioration de l'accès à certains médicaments nécessaires aux

³⁷ Voir "Global Economic Prospects and the Developing Countries 2002 : Making Trade Work for the World's Poor", Banque mondiale (2001), p. 135.

³⁸ Voir, par exemple, Carsten Fink, "Intellectual Property Rights and US and German International Transactions in Manufacturing Industries." Manuscrit, Banque mondiale, 1997, Washington DC.

³⁹ Voir Lall et Albaladejo, Indicators of the relative importance of IPRs in developing countries, document rédigé pour le projet CNUCED/ICTSD (Centre international pour le commerce et le développement durable) Capacity Building Project on Intellectual Property Rights and Sustainable Development, avril 2002, pp. 2-3.

⁴⁰ Voir, par exemple, Martin Khor, Patents System Facing Legitimacy Crisis, Earth Trends, lundi 26 mars 2001 à <http://www.twinside.org.sg/title/et0110.htm>.

⁴¹ Voir Banque mondiale (2001) "Intellectual property: balancing incentives with competitive access", ci-dessus note 6.

populations pauvres et peut-être aussi celui de la différenciation des prix pour les traitements coûteux qui vont souvent de pair avec les percées accomplies dans le domaine de la médecine⁴².

Les appels en faveur de ces initiatives ont aussi récemment trouvé un écho chez Jean-Pierre Garnier, président de GlaxoSmithKline⁴³, qui s'est lancé dans un plaidoyer des plus éloquents auprès des inventeurs de médicaments pour qu'ils utilisent leurs découvertes au bénéfice des plus démunis⁴⁴. Il a instamment prié les entreprises pharmaceutiques et biotechnologiques de fournir des médicaments peu coûteux à ceux qui souffrent dans le monde en développement.

2.2.4 Perception ou réalité?

La réorientation perçue ou réelle des règles mondiales de la propriété intellectuelle en faveur du monde développé et l'incertitude entourant la nature des avantages à long terme allant au monde moins développé ont accentué au cours des dernières années le mécontentement sous-jacent de certains pays les moins avancés. Cela est notamment le cas lorsqu'on examine les coûts et avantages immédiats⁴⁵ par lesquels se traduit pour eux l'acceptation d'un système de la propriété intellectuelle plus faible. Les pressions exercées par les pays en développement pour obtenir une meilleure protection dans le domaine des savoirs traditionnels et des ressources génétiques et biologiques, la récente controverse déclenchée par la pandémie du VIH/SIDA, l'appel en faveur d'un accès plus aisé à certains produits pharmaceutiques et traitements témoignent de l'aggravation des tensions entre les mondes développé et en développement⁴⁶.

Ces tensions se sont accrues pour une large part du fait des arguments avancés par différents groupes d'intérêt. D'une part, certains en concluent qu'il n'y a pas de raison pour laquelle "un système efficace pour les pays développés ne fonctionne pas de la même manière dans les pays en développement."⁴⁷ D'autres se fondent sur des perspectives historiques pour affirmer qu'aux premiers stades de l'industrialisation de l'actuel monde développé la faible protection des brevets a été un tremplin qui lui a permis de renforcer ses capacités scientifiques et technologiques en copiant des produits et en modernisant les procédés de

⁴² Voir aussi, Banque mondiale (2001) "Intellectual property: balancing incentives with competitive access", ci-dessus note 6.

⁴³ PDG de la deuxième entreprise pharmaceutique du monde.

⁴⁴ Voir l'article de Legal Media group, "Glaxo chief challenges industry on cheap drugs" (22 juin 2003) sur le site <http://www.legalmediagroup.com/default.asp?Page=1&SID=12738&CH=5&CN=&CountryName=&Type=News>.

⁴⁵ L'on a fait valoir que les coûts (prix plus élevés des produits importés et des nouvelles technologies protégées par des droits de propriété intellectuelle; perte d'activité économique due à la cessation d'activités d'imitation; abus éventuel de la protection par les titulaires de brevets, notamment les grandes sociétés étrangères) sont plus que compensés par les avantages à long terme des droits de propriété intellectuelle, même dans les pays en développement. Voir Maskus, K. Intellectual Property Rights in the Global Economy (2001), Institute for International Economics, Washington DC. Disponible à http://www.iie.com/publications/publication.cfm?pub_id=99.

⁴⁶ Voir la communication de l'Office de la propriété intellectuelle de Singapour (IPOS) dans Compiled Comments.

⁴⁷ Voir le rapport de la CIPR, ci-dessus note 5, p. 1.

fabrication; l'appel en faveur d'un système renforcé des brevets s'est fait sentir peu à peu, à mesure que ces pays gravissaient l'échelle technologique pour devenir les premiers dans leurs domaines⁴⁸. Cet appel a été repris récemment par la Commission des droits de propriété intellectuelle du Royaume-Uni (CIPR) :

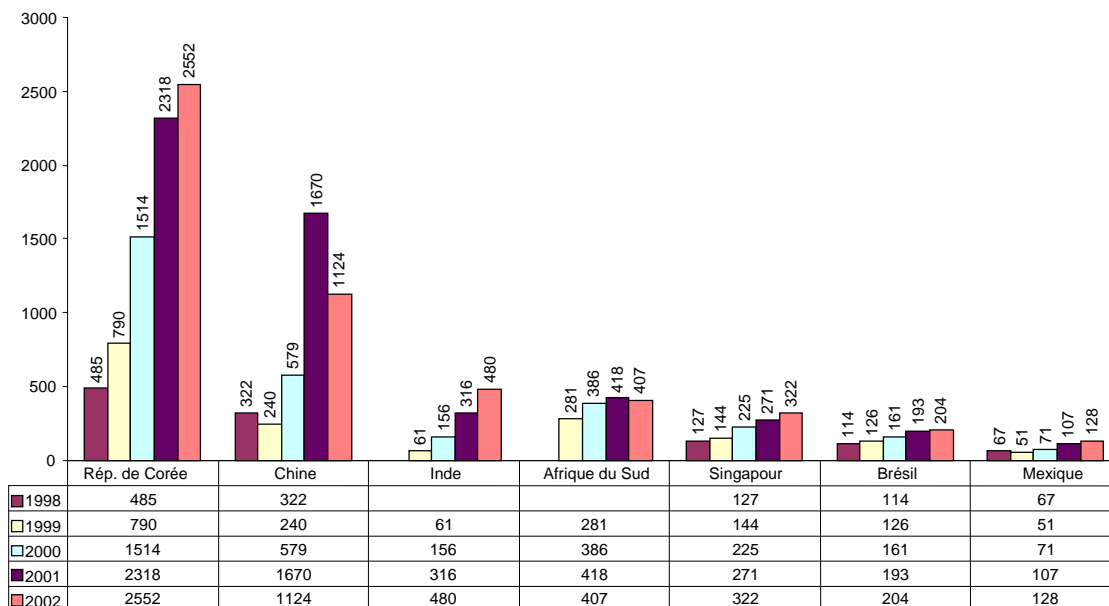
“[L]es pays en développement ne doivent pas être privés de la souplesse nécessaire pour concevoir leurs systèmes de propriété intellectuelle, souplesse dont les pays développés ont joui aux premiers stades de leur propre développement; il ne faudrait pas non plus leur imposer des normes de propriété intellectuelle plus contraignantes sans une évaluation sérieuse et objective de leur incidence sur le développement ... Nous devons nous assurer que le système de la propriété intellectuelle facilite plus qu'il n'entrave l'exploitation au bénéfice des pays en développement des progrès rapides obtenus dans le domaine de la science et de la technologie.”⁴⁹

Certains estimeront que ces arguments ne sont ni convaincants ni entièrement fallacieux. Quoi qu'il en soit, nous estimons qu'à mesure que chaque pays passe par les différents stades de développement technologique, économique et social, il trouvera probablement différentes sortes et différents degrés d'avantages dans n'importe quel système de règles. Il est tout à fait improbable en revanche que le système international des brevets parviendra à progresser de front avec les besoins subjectifs d'une nation quelconque, qu'elle soit au premier stade de l'industrialisation technologique ou à l'avant-garde de la technologie dans le monde. Les avantages du système international des brevets ne doivent pas être jugés de manière trop sévère selon sa capacité de corriger le manque d'uniformité et les inégalités temporaires inévitables constatés dans les bénéfices attendus par tous les participants, à la fois ceux du monde développé et ceux du monde en développement. Quelle que soit la cause ou l'ensemble des causes réelles qui agissent dans ce domaine, les divers pays en développement ont manifestement dans le système international des brevets des taux différents de participation et de gains. Voir les graphiques ci-dessous :

⁴⁸ Voir Lall et Albaladejo, ci-dessus note 30; voir aussi Edmund W. Kitch, “The Patent System : A Design for All Seasons?” communication présentée à la Conférence de l'OMPI sur le système international des brevets, Genève, 25-27 mars 2002.

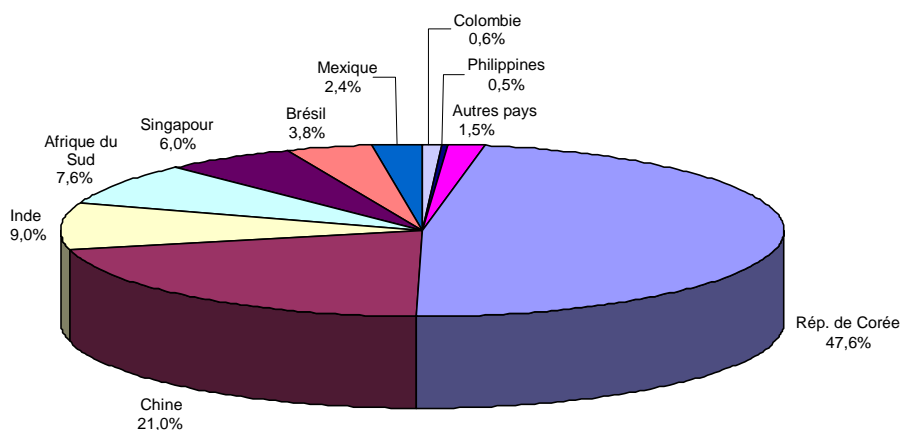
⁴⁹ Rapport de la CIPR, voir ci-dessus note 5, p. 8.

**ÉVOLUTION DES DEMANDES AU TITRE DU PCT
DANS SEPT DES PRINCIPAUX PAYS EN DÉVELOPPEMENT (1998-2002)**



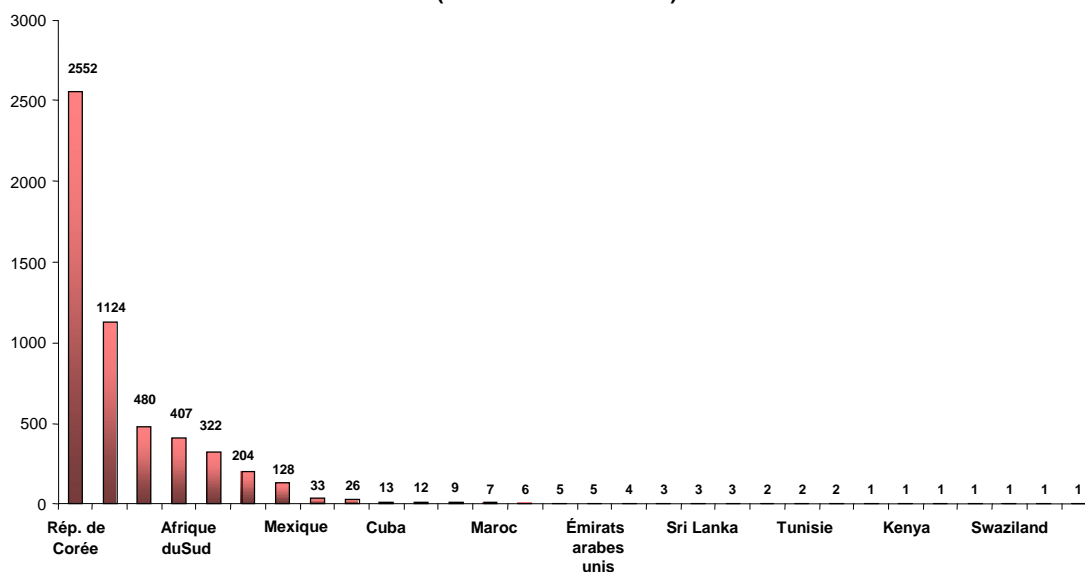
(Source : OMPI)

**DEMANDES INTERNATIONALES DE PAYS EN DÉVELOPPEMENT REÇUES
PAR LE BUREAU INTERNATIONAL DE L'OMPI, 2002
(PAR PAYS D'ORIGINE - POURCENTAGES)**



(Source : OMPI)

**DEMANDES INTERNATIONALES DE PAYS EN DÉVELOPPEMENT
REÇUES PAR LE BUREAU INTERNATIONAL DE L'OMPI, 2002
(PAR PAYS D'ORIGINE)**



(Source : OMPI)

2.3 CONCLUSION

L'on a émis l'opinion qu'il serait dans l'intérêt des pays développés industrialisés d'apporter une aide au monde moins développé⁵⁰ et de favoriser la formation d'un système international des brevets plus souple. Dans la création d'un système international des brevets efficace la souplesse est une composante essentielle à prendre en compte par "les gouvernements et les dirigeants, les inventeurs et les entreprises, les marchés nationaux et internationaux ainsi que les consommateurs et le grand public."⁵¹ Tous les pays à différents stades de leur développement pourraient ainsi en tirer un bénéfice maximum.

Nous estimons que la solution au problème de l'accentuation néfaste des tensions entre les pays consiste à apporter plus de flexibilité au cadre existant du système international des brevets. Il serait inutile de prétendre qu'un groupe quelconque de pays est homogène. L'appel en faveur d'une plus grande différenciation au sein du groupe des "pays en développement"⁵² mérite certainement d'être examiné. En outre, le système international des brevets pourrait s'efforcer d'accroître la différenciation des lois sur les brevets selon le degré de rigueur, le contenu et la branche d'activité, à condition d'être compatible avec l'évolution économique, sociale, politique et technologique de chaque pays.

L'établissement en temps voulu par le directeur général de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle du Plan d'action et la création par le Gouvernement du Royaume-Uni de la Commission des droits de propriété intellectuelle (CIPR) sont des mesures

⁵⁰ Banque mondiale (2001), 'Intellectual property: balancing incentives with competitive access', voir ci-dessus note 6.

⁵¹ Plan d'action pour le développement du système des brevets (A/36/14), voir ci-dessus note 1, p. 1.

⁵² Voir le document soumis à l'Office de la propriété intellectuelle de Singapour (Compiled Comments).

opportunes qui peuvent nous aider à trouver des solutions judicieuses. La présente étude concernant l'incidence du système international des brevets sur les pays en développement réaffirme de son côté à quel point la question est urgente, et contribuera, nous l'espérons, à ouvrir des dialogues mondiaux plus nombreux concernant ces problèmes et d'autres qui y sont apparentés.

Toute négligence dans la formulation de solutions rapides et efficaces à ces problèmes pourrait contribuer à l'érosion de la crédibilité et de la légitimité du système. Dans cette recherche des solutions, il est essentiel que le système des brevets s'en tienne fermement à ses "principes fondamentaux, en vertu desquels l'intérêt public est au cœur du système"⁵³. Il devrait encourager la coopération internationale afin de rendre plus souple l'instrument de la politique des brevets pour les parties prenantes publiques et privées dans les pays développés, en développement et les moins avancés, de sorte que les droits attachés aux brevets soient gérés comme des "éléments du stock d'actifs intangibles de la nation" qu'il conviendra d'exploiter en dernier ressort pour le bien de la société toute entière.

La présente étude ne cherche pas à réexposer les nombreuses activités particulières à l'OMPI, telles que celles se rapportant aux domaines suivants :

- Traité sur le droit des brevets (PLT)
- Projet de traité concernant le droit matériel des brevets (SPLT)
- Réforme du Traité de coopération en matière de brevets (PCT)
- Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore
- Projets divers sur la technologie de l'information.

Elle a, au contraire, pour objet de proposer certains principes directeurs fondamentaux et d'indiquer, parmi d'autres, les domaines à examiner.

⁵³ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 3.

CHAPITRE 3

PRINCIPES DE GESTION D'UNE ÉVOLUTION VERS UN SYSTÈME
INTERNATIONAL DES BREVETS PLUS EFFICACE

3.1 INTRODUCTION

C'est un lieu commun que d'affirmer que toute tentative faite pour parvenir à une harmonisation mondiale complète des brevets sera probablement vaine, du moins dans un proche avenir. On ne peut non plus attribuer beaucoup de valeur à l'établissement de profils de pays ou de groupes de pays dans le but principal de repérer ou d'éliminer les causes de déséquilibre qui existent au sein de certains mondes développés et en développement, de même qu'entre eux. Certaines préoccupations sont toutefois mentionnées dans le Plan d'action de l'OMPI et dans le rapport de la CIPR, de même qu'exprimées par les gouvernements nationaux, préoccupations qui sont valables et méritent d'être étudiées de manière plus approfondie.

Une analyse immédiate des causes de déséquilibre et de tension au sein de certains mondes développés et en développement, de même qu'entre eux, et des solutions pratiques visant à les atténuer, contribuera utilement à la recherche d'un système mondial des brevets plus efficace répondant aux besoins et intérêts des pays qui y participent. Bien que la présente enquête relative à l'incidence de l'actuel système international des brevets sur les pays en développement puisse sembler avoir été menée en fonction de blocs géographiques qui ne sont évidemment pas homogènes, il y a peu de doute qu'elle fera ressortir des problèmes communs tels que les causes et le degré de tension et de déséquilibre, ainsi que la nature des solutions requises. Elle évitera la "microévaluation" pour certains principes directeurs généraux considérés comme valables pour une stratégie globale applicable à ces questions difficiles et à leur résolution. Il s'agit entre autres des principes suivants :

3.2 PRINCIPES DE GESTION PROPOSÉS

1) CONVERGENCE, MAIS NON HARMONISATION COMPLÈTE

Dans une économie mondiale de plus en plus étroitement intégrée, il est impératif d'assurer entre les pays un système international des brevets plus uniforme. Les contradictions et les incompatibilités majeures dont souffrent les différentes législations ou règlements nationaux sur les brevets créeront de sérieux obstacles qui peuvent fausser d'utiles flux de technologies et d'investissements. Il convient de noter que les accords et traités bilatéraux, régionaux et internationaux relatifs aux brevets tels que la Convention de Paris, le Traité de coopération en matière de brevets (PCT) et l'Accord sur les ADPIC visent à corriger certaines de ces distorsions.

L'OMPI a fait observer que, si une des questions dominantes concernant le système international des brevets est celle d'une harmonisation du droit des brevets pouvant aboutir à l'adoption d'un "brevet mondial"⁵⁴, l'uniformisation n'est pas "une fin en soi mais un outil, un moyen de parvenir [à cette fin]. La forme ou la structure juridique qu'aura cette harmonisation n'est peut-être pas importante. L'essentiel est de donner aux autorités

⁵⁴ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 3, § 9.

nationales et régionales des brevets accès à une plate-forme de fonctionnement commune leur permettant de coopérer, d'échanger des informations, de partager des ressources et de limiter la répétition de leurs travaux."⁵⁵

Si et au moment où l'harmonisation est tentée, quels qu'en soient la forme et le degré, nous estimons qu'il faudra préserver la distinction entre les aspects procéduraux et matériels du système international qui touchent au droit des brevets. Au niveau de la procédure, un certain degré d'harmonisation contribuerait à rationaliser davantage les aspects opérationnels du système. Par exemple, le Traité sur le droit des brevets (PLT) vise à harmoniser les formalités en matière de brevets afin d'obtenir "une sécurité juridique renforcée tout en continuant à rationaliser et simplifier les pratiques et les procédures, à réduire les coûts et à maintenir la qualité des droits reconnus."⁵⁶

Dans la mesure où une certaine normalisation des aspects du droit matériel des brevets est peut-être nécessaire pour appuyer l'harmonisation des procédures, cette première mesure devrait être envisagée⁵⁷. Au-delà, nous estimons que toute mesure prise pour parvenir à une harmonisation complète des règles de fond sur les brevets partout dans le monde pourrait bien être contestable, du moins dans un proche avenir. En effet, l'OMPI a aussi noté qu'une "harmonisation complète et en profondeur n'interviendra pas avant longtemps."⁵⁸

Au contraire, le système international des brevets pourrait d'abord progresser vers une convergence des résultats plutôt que de rechercher une harmonisation des règles de fond. Nous estimons que la convergence des résultats souhaités dans le droit matériel et les politiques de fond relatifs aux brevets devrait être un des principaux instruments permettant de mettre en place un système international idéal des brevets. Chaque résultat souhaité est définissable en fonction d'un ensemble de normes mesurables que l'on peut calibrer pour tenir compte de divers facteurs tels que les besoins particuliers d'une industrie ou d'une technologie ou les besoins de développement d'un pays. À titre d'illustration, le résultat souhaité d'une amélioration de l'accès aux médicaments dans le domaine de la santé publique en ce qui concerne le VIH/SIDA et d'autres maladies peut être obtenu par différents moyens, par exemple les licences obligatoires, les importations parallèles, la différenciation des prix ou tout autre mécanisme éventuel mis au point de temps à autre.

2) DEUX FACTEURS ESSENTIELS : FLEXIBILITÉ ET DIFFÉRENTIATION

Pour atteindre ce but il est impératif que le système international des brevets reste souple, sans forme trop précise, et centré sur l'intérêt public⁵⁹, afin de tenir compte des différents stades de développement technologique, économique, social et politique des pays à

⁵⁵ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), § 9.

⁵⁶ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), § 48.

⁵⁷ Voir, par exemple, le projet de traité sur le droit matériel des brevets (SPLT) proposant l'harmonisation de ce droit à l'échelle mondiale.

⁵⁸ Voir Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), § 20.

⁵⁹ Il est déclaré dans le Plan d'action de l'OMPI que les principes fondamentaux du système des brevets sont des principes "en vertu desquels l'intérêt public est au cœur du système." Voir Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 3, § 7.

un point quelconque du temps. Un système de brevets “adapté à tous” ne servirait qu’à accentuer les tensions existantes entre des pays qui perçoivent comme inégale la répartition des avantages. Au contraire, ce système devrait comprendre un cadre plus complexe où il existerait des degrés de différenciation dans les résultats et les normes, selon le contenu et le temps, afin de répondre aux besoins particuliers de chaque industrie technologique et de chaque pays.

Effectivement, le Plan d’action de l’OMPI, le rapport de la CIPR et la présente étude concernant l’incidence du système international des brevets sur les pays en développement affirment très clairement que la souplesse est une composante essentielle de la création d’un système international des brevets efficace pour “les gouvernements et les dirigeants, les inventeurs et les entreprises, les marchés nationaux et internationaux ainsi que les consommateurs et le grand public.”⁶⁰

3) OBJECTIF : ÉQUILIBRE IDÉAL AU SEIN D’UN SYSTÈME SOLIDE

L’objectif visé est d’instaurer un système international des brevets solide et dynamique qui “apporte le plus d’avantages possibles aux pays qui y participent, compte tenu de leurs niveaux très différents de développement technologique et économique”⁶¹, afin de promouvoir les transferts de technologie et les investissements qui profitent au grand public. La recherche d’un idéal entre le désir d’encourager l’innovation avec des incitations appropriées et la nécessité d’assurer une disponibilité raisonnable des connaissances et de l’information qui en découlent, ainsi que leur utilisation, peut entraîner des conflits entre l’efficacité de la répartition des ressources⁶² et leur efficacité dynamique⁶³. Les dirigeants reconnaissent toutefois progressivement que le rendement dynamique est le principal moteur de la croissance⁶⁴. Il faut cependant garder à l’esprit que le simple fait de fournir une protection renforcée ne débouche pas nécessairement sur un plus grand nombre d’idées et d’innovations. Au contraire, une surprotection de la propriété intellectuelle peut parfois “étouffer les idées nouvelles et l’innovation parce que l’innovation à venir dépend de la capacité d’exploiter les idées du passé qui peuvent être protégées par des droits de propriété intellectuelle. Il faut trouver un juste équilibre entre la protection des idées destinée à encourager l’innovation et l’assurance que ces idées protégées n’étoufferont pas l’innovation future.”⁶⁵ Il conviendra pour cela que les intérêts et les besoins des pays en développement et développés soient pris en compte et que l’on reconnaisse que le brevet est “un des instruments

⁶⁰ Voir Plan d’action de l’OMPI (A/36/14), p. 1, § 1.

⁶¹ Voir Plan d’action de l’OMPI (A/36/14), p. 2, § 3.

⁶² L’“efficacité de répartition”, notion concernant le cours terme, exige que l’on diffuse l’information nouvelle de manière aussi large et rapide que possible au prix coûtant et que les droits de propriété intellectuelle (tels que les brevets) soient limités dans leur étendue et leur durée. Voir les communications du Ministère du commerce et de l’industrie de Singapour (Compiled Comments).

⁶³ La notion d’“efficacité dynamique” concerne l’innovation optimale au cours du temps et reconnaît que l’innovation a besoin d’incitations et que les créateurs doivent donc être récompensés par une augmentation de l’étendue et de la durée des droits de propriété intellectuelle qui leur sont accordés (tels que les brevets). Voir les communications du Ministère du commerce et de l’industrie de Singapour (Compiled Comments).

⁶⁴ Voir les communications du Ministère du commerce et de l’industrie de Singapour (Compiled Comments).

⁶⁵ Voir les communications du Ministère du commerce et de l’industrie de Singapour (Compiled Comments).

de progrès technique, de croissance économique et de création de richesses pour toutes les nations.”⁶⁶ Dans cette perspective, il peut être utile de garder à l’esprit les principes généraux suivants :

a) Il n’y a pas de système international des brevets parfait

Il n’existe pas de système international des brevets parfait qui puisse satisfaire les besoins et intérêts à la fois des inventeurs, des investisseurs, des utilisateurs et du grand public dans les pays développés et en développement, de même qu’entre eux. En outre, un système international des brevets fonctionne au sein des sous-systèmes économiques, politiques et sociaux complexes de chaque pays.

b) Ce sont les forces du marché qui doivent déterminer la politique des prix

Il est manifestement en dehors du cadre de la présente étude d’analyser les rapports entre les brevets et l’existence de prix de dumping, de stratégies commerciales monopolistiques ou d’autres politiques de prix exorbitants qui ont effectivement des chances de compromettre la réalisation des objectifs du système de brevets. Il serait quand même utile d’envisager une étude détaillée des politiques de prix et de l’accès dans un document ou un forum séparé. En l’absence, pour les brevets, d’un cadre spécial réglementant les prix il serait souhaitable de laisser les forces du marché trouver cet équilibre.

c) Nécessité de préserver les avantages de la concurrence

L’on ne peut mettre en place un système international des brevets efficace en renonçant aux bénéfices provenant de la préservation d’un certain degré de concurrence sur un marché mondial sans frontières. Bien que l’adoption de réglementations sectorielles sélectives et la création de marchés ouverts puissent dans une certaine mesure assurer un milieu concurrentiel sur le plan de l’économie intérieure⁶⁷, il n’en subsiste pas moins le risque de concentrer le pouvoir du marché aux mains d’un petit nombre de sociétés géantes dans le monde⁶⁸. Malgré des lois sur la concurrence limitant les droits légitimes d’un titulaire de brevet⁶⁹, l’exercice illimité de droits de brevets inconditionnels pourrait dégénérer pour devenir une pratique abusive entravant l’innovation et la diffusion des connaissances⁷⁰. Il importe de concilier ces tensions inévitables mais pas nécessairement contradictoires. Dans l’évolution du système international des brevets il faudra peut-être élargir les possibilités d’actions judiciaires et les recours prévus par les lois nationales sur les brevets compatibles avec les raisons justifiant les lois sur la concurrence ou les principes qui y sont incarnés.

⁶⁶ Voir Plan d’action de l’OMPI (A/36/14), p. 4, § 12.

⁶⁷ C’est le cas de Singapour qui n’a pas de loi sur la concurrence des produits génériques, bien qu’elle ait l’intention d’en adopter une d’ici 2005. Voir les communications du Ministère du commerce et de l’industrie de Singapour (Compiled Comments).

⁶⁸ Voir Martin Khor, “The WTO and the South: Implications and recent developments” à l’adresse <http://www.twinside.org.sg/title/pli-cn.htm>.

⁶⁹ Sur un plan général, voir, par exemple, les communications du Ministère du commerce et de l’industrie de Singapour (Compiled Comments).

⁷⁰ Par exemple, les “restrictions de prix” et les clauses d’achats imposés dans les accords de cession de brevet.

d) *La primauté du droit est fondamentale*

Étant donné les tensions croissantes apparues du fait d'un déséquilibre quelconque réel ou supposé dans certains pays développés et en développement, de même qu'entre ces deux groupes, il faut prendre d'urgence des mesures pour réduire ces tensions, qui pourraient compromettre la réalisation des objectifs d'un système mondial des brevets pourtant à notre portée. Les conceptions négatives que l'on peut avoir du système international des brevets ne sont pas favorables à la notion de primauté du droit sur laquelle il repose. Il a été dit que les groupes de pression puissants et les plus bruyants "pour" (au nom du monde développé) et "contre" (au nom du monde en développement) un système international fort en matière de brevets ont fini par laisser derrière eux une situation indésirable où "la persuasion a été remplacée par la contrainte."⁷¹ S'il l'on n'aborde pas ces questions de manière positive, il se pourrait que l'on "légitimise" dans une certaine mesure la piraterie et les imitations à faibles coûts.

Le "problème de santé publique sans précédent que constitue la catastrophe du VIH/SIDA pour l'humanité"⁷² n'est qu'une des manifestations d'un climat croissant "d'appréhension et de malaise." Il en est résulté la déclaration de l'Organisation mondiale du commerce concernant l'Accord sur les ADPIC et la santé publique (Déclaration de Doha), constituant "en fait une réponse aux préoccupations de nombreux gouvernements qui souhaitaient bénéficier d'une souplesse suffisante au niveau national pour aborder les problèmes de santé publique"⁷³.

La préservation de la primauté du droit est fondamentale pour assurer un système international des brevets efficace reposant sur des normes dont on peut imposer l'application. L'on pourra ainsi minimiser les risques d'effondrement, de rejet, de contournement et de respect des formes (sans respect du fond) de la législation des pays qui participent à ce système international des brevets.

e) *Application obligatoire rigoureuse et transfrontière des lois sur les brevets*

Il est banal de dire qu'une application rigoureuse des droits de brevet est aussi importante que la rigueur des règles de fond elles-mêmes. La mesure dans laquelle on peut repérer les infractions ou les sanctionner de façon systématique avec un système national joue un rôle capital dans l'intégrité du système international des brevets. Lorsque des infractions sérieuses constituent, entre autres, des infractions à la législation nationale, il serait utile d'envisager un renforcement des possibilités d'assistance et de coopération mutuelles entre organismes nationaux.

f) *Règlement effectif des différends internationaux en matière de brevets*

Un mécanisme efficace pour le règlement des différends internationaux en matière de brevets est essentiel pour la mise en place d'un système international des brevets solide. Non seulement complètera-t-il le système d'application obligatoire des brevets mais il fournira

⁷¹ Voir Laddie J., Avant-propos du rapport de la CIPR.

⁷² Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe 1, p. 3, § 5.

⁷³ Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe 1, p. 3, § 5.

aussi la certitude et l'élan dont on a bien besoin pour une exploitation mondiale des brevets. Un tel mécanisme doit permettre de régler les différends dans des délais raisonnables, afin d'éviter tout retard indu dans la diffusion et l'exploitation des brevets.

4) NÉCESSITÉ IMPÉRIEUSE D'UNE RÉFORME

L'intégration croissante du marché mondial, accompagnée d'un renforcement de la protection de la propriété intellectuelle, a très largement contribué à créer les déséquilibres et les tensions qui existent entre certains des pays développés et en développement. À mesure que les progrès de la science et de la technologie s'accélèrent, les pressions en vue d'une réforme de certains aspects du système international des brevets s'accroîtront. Le Plan d'action de l'OMPI, le rapport de la CIPR et d'autres études nationales et internationales, dont la présente étude, laissent prévoir d'importantes réformes sur le plan international qui renforceront encore davantage les objectifs du système des brevets.

CHAPITRE 4

POSSIBILITÉS DE RÉFORME

4.1 INTRODUCTION

La convergence des forces exercées par la politique, l'économie, la technologie et l'intérêt public a aggravé les tensions entre certains pays développés et en développement. En effet, "la nécessité de trouver des solutions immédiates à certains problèmes graves a accentué le mouvement en faveur de réformes ... Un changement au sens large est essentiel et doit être fondé sur les besoins et les objectifs à long terme, tout en répondant aux préoccupations essentielles actuelles."⁷⁴ Toute réforme entreprise "au niveau national uniquement est impossible et, dans certains cas, irait à l'encontre du but recherché."⁷⁵ Une stratégie de réforme efficace suppose un consensus international sur les questions prioritaires exigeant une intervention immédiate.

La présente étude n'est pas un examen technique des dispositions détaillées que l'on trouve dans les sources du droit national et international, puisque celles-ci ont été étudiées en profondeur dans de nombreux ouvrages érudits et à l'occasion d'initiatives nationales et internationales d'envergure exceptionnelle⁷⁶. Elle formule au contraire des observations sur des préoccupations plus générales, qui sont abordées dans deux parties du texte. La section 4.1 "Quelques aspects procéduraux et infrastructureux du droit des brevets" donne des aperçus sur certaines questions relatives aux processus de la délivrance des brevets, ainsi que sur certaines répercussions des dispositions du Traité sur le droit des brevets (PLT) et de la réforme en cours du Traité de coopération en matière de brevets (PCT). Dans la section 4.2 "Quelques aspects fondamentaux de la réforme du droit des brevets", nous soulignons les options qui s'offrent aux réformateurs dans certains domaines fondamentaux du droit des brevets touchant à la santé publique, à la protection des inventions en biotechnologie et aux savoirs traditionnels.

4.2 QUELQUES ASPECTS PROCÉDURAUX ET INFRASTRUCTURAUX DE LA RÉFORME DU DROIT DES BREVETS

4.2.1 *Capacités administratives et ressources humaines*

"L'internationalisation du système des brevets n'est pas seulement une idée intéressante et noble : il s'agit d'une donnée inéluctable."⁷⁷

⁷⁴ Voir M. Kamil Idris, directeur général de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), déclaration d'ouverture à la Conférence de l'OMPI sur le système international des brevets, Genève, 25 au 27 mars 2002.

⁷⁵ Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 5, § 13.

⁷⁶ Par exemple, le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets, le rapport de la CIPR et les travaux d'autres organisations nationales et internationales. Voir aussi d'autres études publiées par l'OMPI dans le cadre de ses nombreuses initiatives, notamment celles relatives au Traité sur le droit des brevets (PLT), au projet de traité sur le droit matériel des brevets (SPLT), à la réforme du Traité de coopération en matière de brevets (PCT) et au Comité intergouvernemental relatif à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore.

⁷⁷ Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 4, § 12.

À cet égard, des progrès considérables ont été accomplis grâce aux systèmes des brevets régionaux⁷⁸ et internationaux tels que la Convention de Paris, le PLT⁷⁹, le PCT⁸⁰, le Traité de Budapest⁸¹ et l'Accord sur les ADPIC. Ces organismes et instruments ont largement entamé le travail de rationalisation des aspects procéduraux du système international des brevets. Toutefois, étant donné "la progression rapide de la technologie et l'évolution dans la manière d'utiliser le système, des procédures qui étaient appropriées dans le passé, aussi bien dans le cadre du PCT que des systèmes nationaux, ont peut-être besoin d'être révisées."⁸² Le Plan d'action de l'OMPI décrit brièvement les aspects du système des brevets qui "peuvent ou doivent être vraiment internationalisés et quels éléments peuvent être améliorés ou facilités au niveau national par des options rendues possibles par des accords internationaux."⁸³

Une grande partie des préoccupations relatives aux aspects procéduraux et infrastructureux de la réforme semble se limiter à une atténuation des problèmes que rencontrent les offices de brevets et les utilisateurs du système international des brevets. En raison de la mondialisation des échanges et du commerce, les entreprises "à base technologique, orientées vers le domaine international et l'exportation" déposent des demandes multiples de brevets dans de nombreux pays différents⁸⁴. Il en résulte que certains offices de brevets ont du mal à suivre l'augmentation du nombre de revendications des utilisateurs au niveau national, régional et international⁸⁵. Certaines des préoccupations immédiates concernent les procédures compliquées de dépôt de brevets, la charge de travail

⁷⁸ Les systèmes de brevets régionaux comprennent l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), l'Organisation régionale africaine de la propriété industrielle (ARIPO), l'Office européen des brevets (OEB) et l'Office eurasiatique des brevets (OEAB). Pour de plus amples détails voir le Plan d'action pour le développement du système des brevets (A/36/14), ci-dessus note 1, p. 7.

⁷⁹ Le PLT a pour objet principal d'harmoniser les procédures de dépôt, d'acquisition et de maintien en vigueur des brevets. Il exclut expressément les aspects matériels du droit des brevets. Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 10, § 42. Voir aussi South Centre, T.R.A.D.E. Working papers on "The WIPO Patent Agenda : The Risks for Developing Countries" (2002).

⁸⁰ Le PCT fixe les règles de procédure du droit des brevets. La réforme en cours vise à simplifier et rationaliser les formalités relatives aux brevets internationaux. Voir Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6) et Groupe de travail sur la réforme du Traité de coopération en matière de brevets (PCT) : Options pour le développement du système de recherche internationale et d'examen international (PCT/R/WG/4/7), mai 2003.

⁸¹ Le Traité de Budapest sur le dépôt de micro-organismes fournit un système de reconnaissance internationale des dépôts de micro-organismes aux fins de la divulgation des brevets.

⁸² Voir Mémoire du directeur général de l'OMPI sur le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 8, § 33.

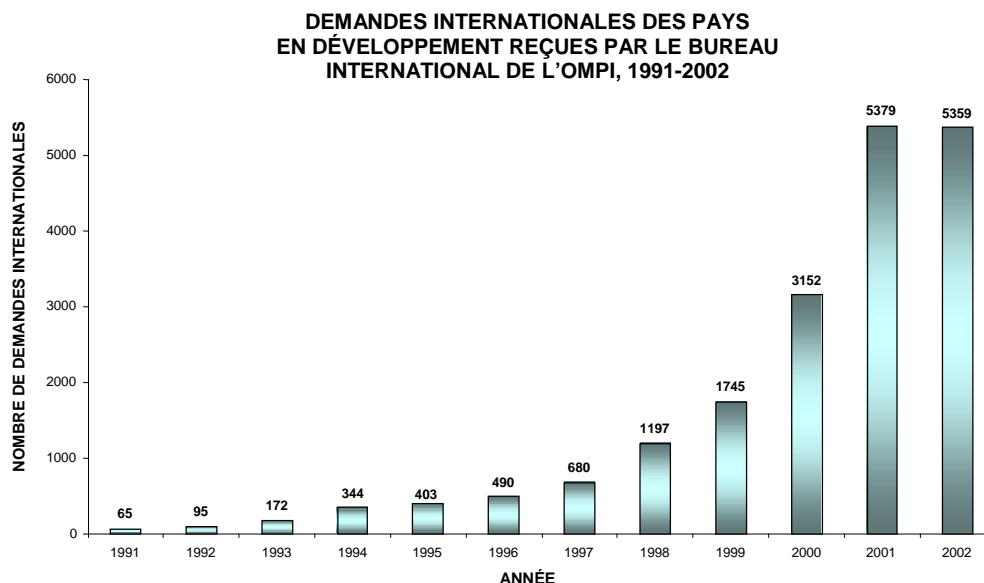
⁸³ Voir Mémoire du directeur général sur le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 5, § 16.

⁸⁴ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), ci-dessus note 15, et le Plan d'action pour le développement du système international des brevets (A/36/14), ci-dessus note 1.

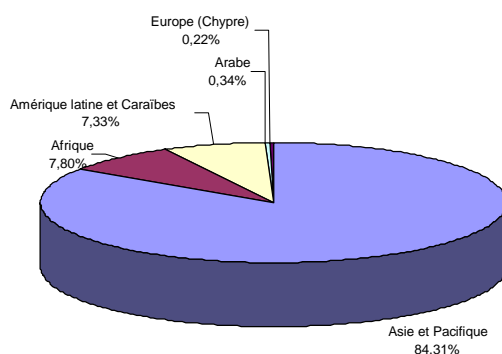
⁸⁵ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), ci-dessus note 15.

excessive et la répétition inutile des opérations accomplies dans certains offices⁸⁶. Dans certains cas, le problème est aggravé par le manque de compétences nécessaires pour la recherche et l'examen de la brevetabilité d'une large gamme d'objets technologiques nouveaux.

Les deux graphiques ci-joints montrent une augmentation exponentielle de plus de 8000% des demandes internationales de brevets déposées auprès de l'OMPI par les pays en développement entre 1991 et 2002. Parmi celles-ci plus de 80% des demandes déposées en 2002 proviennent de la région Asie-Pacifique.



DEMANDES INTERNATIONALES DES PAYS EN DÉVELOPPEMENT REÇUES PAR LE BUREAU INTERNATIONAL DE L'OMPI, 2002 (PAR RÉGION – POURCENTAGES)



(Source : OMPI)

⁸⁶ Voir les deux graphiques ci-joints.

4.2.2 *Quelques solutions et réponses possibles*

L'augmentation sans précédent de la charge de travail dans les offices nationaux de brevets est due à la fois au volume accru du commerce mondial et à l'efficacité du système international des brevets. La mesure dans laquelle ce plus grand volume entrave l'accomplissement des tâches pourrait aussi dépendre de l'efficacité structurelle et de la productivité des opérations. Sans aller jusqu'à mentionner le risque d'une grave paralysie du système, de nombreux érudits appuient la réforme en cours dans des domaines qui pourraient améliorer très sensiblement la situation. À cet égard, nous estimons prohibitifs les coûts des travaux séparés ou simultanés accomplis par de nombreux offices de brevets pour examiner et délivrer des brevets pour une même invention. Une analyse des mesures susceptibles d'éliminer ces doubles emplois coûteux et inutiles pourrait exiger une analyse séparée des procédures de recherche et d'examen requises pour la délivrance des brevets.

La CIPR a noté que cette répétition des travaux pourrait "être évitée si l'on aplanissait les différences dans les normes et critères appliqués aux procédures de recherche et d'examen. Pour certains, le but en dernier ressort est la création d'un brevet international valable dans le monde entier et n'exigeant qu'une seule procédure de dépôt."⁸⁷ Bien que cet objectif d'un "brevet mondial" soit louable et intact, l'harmonisation mondiale complète des brevets a peu de chances d'être réalisée, du moins dans un proche avenir. À l'heure actuelle "le degré d'harmonisation, de confiance et d'expérience nécessaire pour établir un système international pleinement intégré n'a pas encore été atteint."⁸⁸ Malgré les difficultés et les controverses, les ouvrages érudits⁸⁹ dans ce domaine contiennent de nombreuses recommandations qu'il serait utile de mettre en application. Il ne faut pas non plus négliger la possibilité d'entreprendre une réforme évolutive sélective.

Par exemple, une des recommandations dans le cadre du PCT "propose de passer à un système dans lequel l'opinion fondée sur la recherche internationale, équivalant à une opinion écrite dans la procédure d'examen préliminaire international au titre du chapitre II du PCT ... est émise au stade de la recherche pour chaque demande"⁹⁰, au cours duquel "les procédures de recherche internationale et d'examen préliminaire international seront combinées de manière beaucoup plus étroite qu'à l'heure actuelle"⁹¹. Il serait également utile d'explorer

⁸⁷ Voir rapport de la CIPR, ci-dessus note 5, p. 113.

⁸⁸ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 7, § 24.

⁸⁹ Voir, par exemple, Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), Plan d'action pour le développement du système international des brevets (A/36/14), ci-dessus note 1, et le document du Groupe de travail sur la réforme du Traité de coopération en matière de brevets (PCT) : Options pour le développement du système de recherche internationale et d'examen international (mai 2003), rapport du South Centre, ci-dessus note 79, et rapport de la CIPR, ci-dessus note 5.

⁹⁰ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 8, § 34. Voir aussi l'observation du rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 15, selon laquelle cette réforme "n'exige pas que l'on établisse un rapport de recherche du PCT qui soit considéré conclusif. Cet élément est positif puisqu'il permettra aux offices nationaux de brevets de ne pas être d'accord avec la conclusion du rapport. Il indique aussi ... que ... les pays développés ne sont pas disposés à perdre leur autonomie dans l'examen des demandes de brevets."

⁹¹ Voir rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 13.

l'alignement possible du système actuel sur le PLT récemment adopté, qui cherche à parvenir à une harmonisation plus complète des formalités relatives aux brevets. Les procédures de dépôt, d'acquisition et de maintien en vigueur des brevets pourraient aussi subir une nouvelle simplification⁹².

À l'heure actuelle, la mesure dans laquelle un office de brevets exploite des documents et des informations obtenus auprès d'un autre office a été laissée à la discrétion des États individuels⁹³. À cet égard, la proposition de l'OMPI selon laquelle les offices de brevets devraient envisager "certaines formes de reconnaissance ou d'exploitation des travaux d'autres offices"⁹⁴ mérite d'être sérieusement examinée. D'autres solutions proposées comprennent l'échange ou la reconnaissance des rapports de recherche d'autres offices de brevets et la reconnaissance unilatérale du résultat de leurs examens. La possibilité de créer un système d'assurance international pour certifier la qualité du résultat des recherches et des examens a aussi été débattue⁹⁵. La valeur d'un mécanisme d'assurance de la qualité ne peut être négligée puisqu'il s'agit de la principale étape suivante dans la formation d'un système de reconnaissance réciproque uniforme facilitant un échange volontaire d'informations entre tous les offices de brevets⁹⁶. Toutefois, certains pays développés tels que les États-Unis ont préconisé des réformes plus radicales comprenant "une révision plus approfondie du système du PCT afin de faciliter la délivrance de brevets mondiaux"⁹⁷.

4.2.3 *Quel est le juste prix de la poursuite de l'harmonisation?*

Les malaises qui accompagnent toute réforme peuvent être largement atténués à condition de rester vigilant et de ne pas négliger la réintégration nécessaire des nations mécontentes qui peuvent avoir des intérêts communs ou des causes communes à défendre. Pourtant, l'effort exigé par une réforme du système international des brevets ne peut ni ne doit être entravé par des préoccupations privées ou particulières à certains milieux. Ce en quoi consistent ces préoccupations est parfois difficile à définir. Le prix et le temps qu'il faut consacrer à l'obtention de gains d'efficacité découlant d'une harmonisation plus complète doivent être déterminés par tous les participants au système international des brevets.

Il est essentiel de saisir toutes les occasions d'assurer une coopération plus large et plus étroite entre pays développés et pays en développement dans le processus de réforme. Par exemple, nous estimons que les pays développés pourraient aider les pays en développement à mettre en œuvre des programmes de renforcement de leurs capacités dans des domaines tels que la formation des examinateurs de brevets, la gestion des bureaux d'enregistrement et

⁹² Voir le Plan d'action pour le développement du système international des brevets (A/36/14), ci-dessus note 1, p. 7, et de manière plus générale le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6).

⁹³ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 6.

⁹⁴ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 11, § 49.

⁹⁵ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6). Il est utile de noter que certains pays, dont Singapour, ont adopté unilatéralement des mécanismes reconnaissant les résultats de recherche et d'examen obtenus par d'autres offices de brevets.

⁹⁶ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 6.

⁹⁷ Voir rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. x.

l'amélioration des procédés de recherche et d'examen. L'assistance pourrait aller jusqu'à inclure des subventions et d'autres formes d'aide financière pour former les fonctionnaires des offices de brevets et les utilisateurs et leur fournir un appui technique.

En outre, il faut se tenir au courant des améliorations apportées à la technologie de l'information, afin de rendre le travail de réforme le plus productif possible. Les offices nationaux de brevets dans certains pays développés pourraient envisager de coordonner leurs bases de données dans le but d'unifier les fonctions de recherche, d'accès et de stockage. Lorsque les circonstances s'y prêtent, l'information contribuant à réduire les coûts et les doubles emplois pourrait être mise dans le domaine public. La technologie peut être exploitée de façon à libérer le système des brevets de la multiplicité des données et fonctions pouvant être incompatibles, sans compromettre les règles de procédure⁹⁸ et "ouvrir ainsi la porte aux manipulations et à la fraude."⁹⁹

4.2.4 *Quelques réserves exprimées par les pays en développement*

Certains pays en développement ont exprimé des réserves quant au fait que le fonctionnement du système semble "accorder la priorité aux intérêts des titulaires de brevets en vigueur, à savoir les grandes entreprises des pays industrialisés, au détriment de l'intérêt plus large du public."¹⁰⁰ Dans la situation actuelle, le système est considéré comme une source d'obstacles sérieux à une participation plus positive et plus homogène des inventeurs individuels et des petites entreprises des pays en développement¹⁰¹.

Par exemple, la proposition visant à réviser le PCT a fait naître de très sérieuses préoccupations dans certains milieux concernant le fait que celui-ci "pourrait s'écarter de ses positions actuelles non contraignantes sur la brevetabilité et adopter des procédures où des droits fondamentaux pourraient en dernier ressort être accordés par l'intermédiaire du PCT."¹⁰² L'on a fait valoir que la conséquence de cette mesure serait que des résultats d'examen positifs provenant de *certaines* autorités du PCT pourraient avoir un effet contraignant sur les États parties au traité. Plus sérieuse encore est la crainte que si le PCT devait en fin de compte créer un "brevet mondial" applicable à tous les États contractants¹⁰³, "cela signifierait non seulement que la plupart des offices nationaux de brevets seraient

⁹⁸ L'on a soutenu que l'assouplissement des règles relatives, par exemple, aux conditions d'acceptation d'une demande de brevet et à la détermination d'une date de dépôt (qui se répercutera sur l'évaluation des caractères de nouveauté et d'inventivité d'une création) permettrait le "dépôt délibéré d'une demande avant la conception effective d'une invention", mais aussi "la présentation de matières et de revendications nouvelles, différentes ou supplémentaires, en profitant d'une date de dépôt antérieure." Voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 6.

⁹⁹ Étant donné la souplesse des conditions, l'identité du déposant pourrait être incertaine et être ouverte aux manipulations et à la fraude. Voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 6.

¹⁰⁰ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 5, § 14.

¹⁰¹ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), ci-dessus note 15.

¹⁰² Voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 11.

¹⁰³ Voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 11.

superflus mais que, notamment pour les pays en développement, les éléments de souplesse actuels prévus par l'Accord sur les ADPIC en ce qui concerne les règles sur la brevetabilité et les exceptions y afférentes disparaîtraient.”¹⁰⁴

Un autre exemple peut suffire. La proposition visant à établir une “reconnaissance réciproque” internationale des résultats du travail de recherche et d'examen avec certification de l'assurance de la qualité a fait craindre que cette mesure risquait de réduire davantage la participation des pays en développement. En particulier, certains de ces pays pourraient ne pas satisfaire les normes requises pour la certification de procédés si celles-ci étaient adoptées et mises en application rapidement. Il est possible aussi qu'ils n'aient pas la confiance nécessaire pour aspirer à devenir un des membres du groupe éminent des “autorités du PCT” habilitées en dernier ressort à émettre des rapports s'imposant obligatoirement aux membres adhérant au traité. De ce fait, à court terme, certains pays risquent de subir les désavantages d'une certaine réduction de la souplesse actuelle en échange d'un bénéfice national immédiat nul ou faible.

Il est aisé de comprendre que la validité de certaines de ces préoccupations puisse être contestée. Toutefois, la façon de procéder aux changements est aussi importante que les changements eux-mêmes. Rares sont les réformes qui peuvent être entreprises avec succès en négligeant tout simplement les résistances et l'opposition. Le travail d'éducation et les dialogues doivent se poursuivre.

4.3 QUELQUES ASPECTS FONDAMENTAUX DE LA RÉFORME DU DROIT DES BREVETS

L'OMPI a déclaré que l'objectif global de la poursuite de l'harmonisation du droit matériel des brevets est :

“d'obtenir une sécurité juridique renforcée tout en continuant à rationaliser et à simplifier les pratiques et les procédures, à réduire les coûts et à maintenir la qualité des droits reconnus.”¹⁰⁵

La présente section de l'étude a pour objet principal de soumettre quelques observations sur certains domaines du droit matériel des brevets qui pourraient bénéficier d'une révision sous une forme ou une autre visant à renforcer et à faire progresser la sécurité juridique du système des brevets. Grâce à une réforme du droit matériel des brevets l'on espère qu'une demande de brevet déposée dans un pays satisfera à la fois aux conditions de forme et aux critères de brevetabilité dans plusieurs autres et, en dernier ressort, partout dans le monde. Comme avec la réforme de la procédure, la poursuite de la normalisation dans les principaux domaines du droit matériel allégerait sensiblement la charge de travail des offices de brevets en réduisant ou en éliminant les doubles emplois. On a même fait valoir que l'harmonisation du droit matériel des brevets est une des pièces maîtresses de la nouvelle architecture proposée¹⁰⁶ pour parvenir à l'instauration d'un “brevet mondial”.

¹⁰⁴ Voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. x.

¹⁰⁵ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 11, § 48.

¹⁰⁶ Voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 11.

4.3.1 *Est-il nécessaire de poursuivre l'harmonisation du droit matériel des brevets à l'échelle mondiale?*

À cet égard des progrès considérables dans la réforme ont été accomplis avec les traités régionaux et internationaux déjà en vigueur. La Convention de Paris¹⁰⁷ qui fonctionne parallèlement à l'Accord sur les ADPIC a obtenu quelques résultats dans la normalisation de certains domaines du droit matériel des brevets. Toutefois, les intérêts divergents et souvent contradictoires des différents utilisateurs ont rendu difficile l'établissement d'un terrain d'entente sur la nécessité et la portée de l'harmonisation souhaitable. Par exemple, dans le domaine de la brevetabilité des objets, de nombreux États estiment qu'il faut "adopter une politique particulière pour conserver la souplesse que possède déjà le cadre actuel."¹⁰⁸ Certains pays en développement ont fait valoir que la souplesse est compatible avec l'exercice de la souveraineté sur des questions essentielles de politique intérieure dans des domaines tels que la santé publique, l'accès aux ressources biologiques et génétiques, la brevetabilité de certains objets en biotechnologie¹⁰⁹ et la protection des savoirs traditionnels.

Les négociations en cours relatives au projet de traité sur le droit matériel des brevets (SPLT) semblent avoir été à l'origine de certaines divergences de vues bien que sur plusieurs points l'on ait pu apparemment trouver un accord de principe¹¹⁰. En tant que prolongement des exigences de l'Accord sur les ADPIC, ce projet vise à normaliser les règles du droit matériel des brevets se rapportant aux questions telles que les conditions de la brevetabilité¹¹¹, la rédaction et l'interprétation des revendications en matière de brevets, une divulgation suffisante, la révocation et l'annulation d'un brevet. La présente étude ne cherche pas à évaluer les dispositions détaillées du SPLT puisque celles-ci ont déjà été analysées en profondeur dans de nombreux ouvrages érudits¹¹².

¹⁰⁷ La Convention de Paris établit des règles de fond dans de nombreux domaines de la propriété intellectuelle, notamment les brevets. On la considère souvent comme la pierre angulaire de l'actuel système international des brevets. Voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79.

¹⁰⁸ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 11.

¹⁰⁹ Prenons, par exemple, la controverse à propos des brevets portant sur les gènes et le clonage. À cet égard, il peut être utile de noter que le Groupe africain a réitéré sa demande concernant l'interdiction de délivrer des brevets sur toutes les formes de vie et tous les processus vivants. Voir Khor, "TRIPS debate on biological materials: Africa reiterates proposal to ban life patents" (11 juin 2003) à l'adresse <http://www.twinside.org.sg>.

¹¹⁰ Citons, par exemple, le projet de dispositions sur ce qui constitue "l'état de la technique" et l'application et l'utilité industrielles". Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/36/6).

¹¹¹ Ces critères sont la nouveauté, l'activité inventive et la non-évidence, l'application et l'utilité industrielles.

¹¹² Par exemple, voir Plan d'action pour le développement du système international des brevets (A/36/14), ci-dessus note 1, et Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6); ainsi que Groupe de travail sur la réforme du Traité de coopération en matière de brevets (PCT) : Options pour le développement du système de recherche internationale et d'examen international (mai 2003). Voir aussi le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, et le rapport de la CIPR, ci-dessus note 5.

Le SPLT pourrait établir un nouvel ensemble de règles sur les conditions de brevetabilité – “la substance politique d’un éventuel système mondial des brevets”¹¹³ – qui se répercuterait à la fois sur les pays développés et les pays en développement. Considérons, par exemple, les questions liées à la brevetabilité des objets dans le domaine de la biotechnologie¹¹⁴, le critère de “caractère technique” des inventions, la notion d’“état de la technique”, l’interprétation des revendications en matière de brevets et la doctrine de l’“équivalence”. Il n’est donc pas surprenant que ce projet ait suscité quelques fortes réactions telles que la suivante :

“Le SPLT peut se révéler ... l’élément constitutif le plus encombrant du système international des brevets proposé, à la fois du point de vue des pays en développement et des pays développés. S’il était adopté, il établirait de nouvelles normes internationales obligatoires dans les domaines critiques du droit des brevets, laissés jusqu’à présent à la discrétion des législations nationales. L’on peut prévoir ... qu’il y aura de fortes pressions en faveur de l’adoption de ces normes sur le plan tant bilatéral que multilatéral.”¹¹⁵

Malgré ces observations, certaines recommandations visant une normalisation des dispositions présentent un certain intérêt surtout si elles sont formulées en conjonction avec des mesures d’harmonisation des procédures, telles que celles mentionnées ci-dessus. Par exemple, l’on aurait manifestement avantage à entreprendre un certain degré de normalisation de la portée exacte de la notion d’“état de la technique”¹¹⁶, “de divulgation non opposable et de délai de grâce.”¹¹⁷ L’on est préoccupé avec raison par le fait qu’en l’absence de “toute harmonisation internationale [concernant “les divulgations non opposables et les délais de grâce”] “un inventeur risque de perdre des droits de brevet sous une certaine juridiction [qui ne reconnaît pas ces divulgations] à cause d’une divulgation reconnue par une autre.”¹¹⁸ Un autre exemple est celui de la récente prolifération de brevets pour des “inventions triviales”, qui a provoqué des appels visant à relever le niveau de la notion d’activité inventive. La CIPR a demandé aux pays en développement de chercher à savoir “si une norme différente plus stricte était souhaitable”, en signalant l’incidence qu’elle pourrait avoir sur “la capacité des entreprises nationales de protéger leurs propres innovations.”¹¹⁹ Dans les cas appropriés, il a été suggéré que certaines catégories d’innovation (par exemple, “les innovations non strictement brevetables ou évolutives”) pourraient être protégées au titre des systèmes du modèle d’utilité ou des petits brevets, ou “avec des brevets d’amélioration ou des certificats d’addition.” Un équilibre délicat doit être trouvé pour assurer que le critère de l’activité inventive n’est pas fixé à un niveau trop élevé qui entrave plutôt qu’il n’encourage l’innovation.

¹¹³ Voir GRAIN, “WIPO moves toward “world” patent system” (juillet 2002). Accessible à : <http://www.grain.org/docs/wipo-patent-2002-en.doc>. Cité dans le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 20.

¹¹⁴ Tels que les gènes, les protéines et les instruments de recherche [par exemple, les marqueurs EST et les polymorphismes d’un seul nucléotide (SNP)]. Voir ci-dessous une discussion plus détaillée sur les inventions biotechnologiques.

¹¹⁵ Voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79.

¹¹⁶ Par exemple, la recommandation de la CIPR sur la question de savoir si cette notion doit comprendre la “divulgation du fait d’une utilisation n’importe où dans le monde”.

¹¹⁷ À savoir les divulgations d’une invention faites avant le dépôt de la demande de brevet pour cette invention, mais sans en invalider la nouveauté.

¹¹⁸ Voir le rapport de la CIPR, ci-dessus note 5, p. 116.

¹¹⁹ Voir le rapport de la CIPR, ci-dessus note 5, p. 116.

Bien que l'harmonisation complète des règles de fond sur les brevets puisse ne pas être réalisée dans un avenir proche¹²⁰, il serait bon de répondre à la crainte que certains pays développés cherchent à imposer "au reste du monde leurs propres normes de brevetabilité"¹²¹ en mettant en place des "réseaux de coercition", alors que les pays en développement sont obligés d'agir par le moyen de "réseaux de dialogue."¹²² Avec l'élimination d'"un nombre considérable d'éléments de souplesse"¹²³ dans l'Accord sur les ADPIC, certains détracteurs sont allés jusqu'à prévoir que le SPLT "pourrait rendre caduque l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce."¹²⁴

Cette situation ne fait que mettre en évidence les tensions croissantes qui existent sur les questions d'orientation entre certains pays développés et certains pays en développement¹²⁵. Si on laisse ces frictions s'envenimer, elles mèneront à l'échec le plan de réforme même le plus finement élaboré. Un engagement actif de tout pays en développement consoliderait fortement le bénéfice qu'un groupe plus large de parties prenantes peut tirer d'une évolution du système des brevets. En dehors de la teneur du projet de SPLT, de nombreuses autres questions controversées découlant de l'application de règles fondamentales sur les brevets devront être abordées. Plusieurs d'entre elles, à savoir les questions se rapportant à la protection des inventions dans le domaine de la biotechnologie, de la santé publique et des savoirs traditionnels, sont exposées ci-dessous.

4.3.2 *Difficultés d'application du droit des brevets*

4.3.2.1 *La révolution biotechnologique*

Introduction

"Le système des brevets a toujours suscité un certain scepticisme quant à sa valeur et aux avantages qu'il offre au public; pourtant, le très grand succès qu'il remporte et l'accroissement de son utilisation au cours des dernières décennies ont accentué les contradictions entre politiques générales, contradictions qui donnent de plus en plus lieu à des débats internationaux ... La controverse concernant l'éventualité que les brevets puissent gêner les tentatives des gouvernements visant à régler les questions d'orientation urgentes ... et ... les préoccupations concernant l'octroi de la protection par brevet à certaines formes de nouvelles technologies, en particulier la biotechnologie."¹²⁶

¹²⁰ Voir chapitre 3 : Principes de gestion de l'évolution vers un système international des brevets efficace.

¹²¹ Voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 15.

¹²² Voir Braithwaite et Drahos, *Global Business Regulation* (2000), p. 26, cité aussi dans le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 17.

¹²³ Voir le rapport de la CIPR, ci-dessus note 5, p. 132.

¹²⁴ Voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 20.

¹²⁵ Voir chapitre 2 : Tensions et déséquilibres.

¹²⁶ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, pp. 31 et 2, § 141 et 4. Voir aussi le Plan d'action pour le développement du système international des brevets (A/36/14), ci-dessus note 1, pour un exposé général.

La révolution biotechnologique a déclenché des controverses, de même qu'elle a engendré des promesses, que le monde n'a pas connues depuis longtemps. Le "développement et l'application remarquables des nouvelles technologies génétiques" ont entraîné de profonds changements dans la façon dont la recherche est commercialisée dans les sciences de la vie¹²⁷. Les progrès phénoménaux, pour n'en mentionner que quelques-uns, dans la génétique¹²⁸, les formes de vie transgénique¹²⁹, les thérapies médicales et géniques, la xénotransplantation, le génie tissulaire et organique, la sélection des embryons, la protéomique et la génomique fonctionnelle soulignent combien il est urgent d'établir un juste équilibre entre stimuler l'"innovation pour le bien du public" et récompenser les inventeurs pour des inventions utiles en biotechnologie. Il y a "des milliers de brevets revendiquant des droits sur les séquences d'ADN [qui] ont été délivrés à des chercheurs dans le secteur tant public que privé."¹³⁰ (Voir tableau ci-dessous). Les brevets sur les inventions liées à la génétique peuvent être interprétés comme "une forme de revendication de propriété sur les composants de la vie"¹³¹ et l'on demande désormais de limiter la protection aux "brevets qui revendiquent les droits sur les séquences d'ADN comportant une contribution significative du chercheur."¹³²

Une grande partie des controverses concernant, par exemple, les brevets relatifs aux formes de la vie et aux cellules souches et aux tissus humains¹³³ touchent à des questions éthiques¹³⁴, sociales, morales, religieuses, écologiques et réglementaires¹³⁵, qui vont au-delà des préoccupations immédiates du système des brevets. Ce n'est peut-être pas le forum approprié ici pour analyser, parmi de nombreuses autres, ces questions difficiles. Toutefois, certaines observations seront soumises concernant deux d'entre elles, à savoir les normes de brevetabilité appliquées aux inventions biotechnologiques, comprenant une discussion sur l'octroi de brevets sur les "instruments de recherche", et la portée qu'il convient de donner aux brevets dans le domaine génétique.

¹²⁷ Voir Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002), p. xi.

¹²⁸ Y compris les recherches sur les cellules souches humaines [en particulier les cellules souches d'embryons] et les procédés de clonage (par exemple, le clonage reproductif et thérapeutique). Voir, par exemple, le "brevet d'Édimbourg" mentionné ci-dessous.

¹²⁹ Considérons, par exemple, Dolly, Polly, ANDi, la carcosouris et la création récente de "she-males" humains hybrides. Voir aussi le "brevet d'Édimbourg" mentionné ci-dessous.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 35, § 149.

¹³² Voir Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002), p. xii.

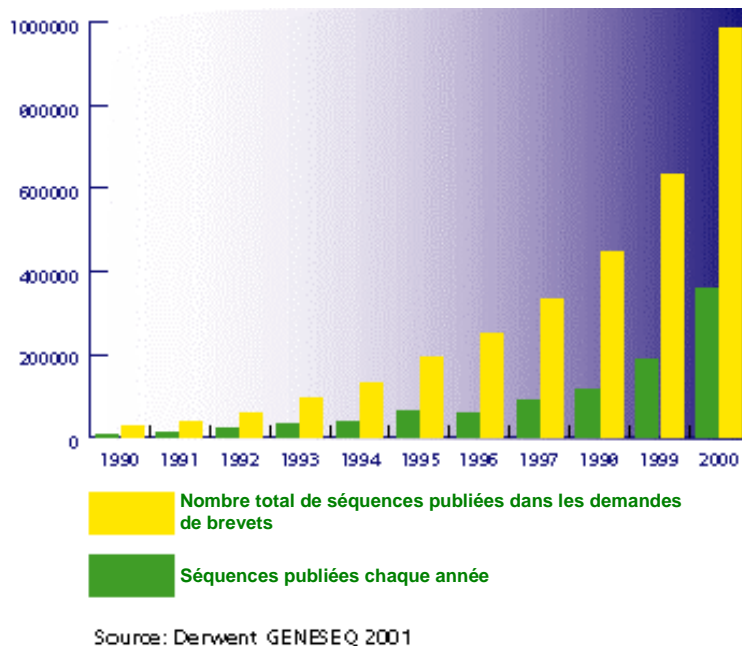
¹³³ Y compris les lignées cellulaires dérivées. Voir, par exemple, le brevet d'Édimbourg (EP 0695351).

¹³⁴ Voir, par exemple, Nuffield Council on Bioethics, *The Ethics of patenting DNA* : document de travail (juillet 2002); Nuffield Council on Bioethics, *Animal-to-Human transplants : The Ethics of Xenotransplantation* (mars 1996).

¹³⁵ Par exemple, l'actuel débat sur la question de savoir si la protection par des brevets de certaines inventions liées à la biotechnologie sera contraire aux principes de la Convention sur la diversité biologique (CDB). Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 28.

Tendances des demandes de brevets relatifs aux séquences biologiques

Au cours des vingt dernières années, l'augmentation du nombre de séquences revendiquées dans des demandes de brevets a été phénoménale. Les séquences ont commencé à apparaître dans les demandes de brevets en 1980, soit exactement 16 séquences pour l'année entière. En 1990, ce chiffre était arrivé à 6000. Au cours des années 90, le nombre de demandes portant sur des séquences a progressé de manière exponentielle, tendance qui semble se confirmer. En 2000, plus de 355 000 séquences ont été publiées dans des demandes de brevets, soit une augmentation de 5000% par rapport à 1990. (Source : Giles Stokes, "Lies, damned lies, and statistics: Patent applications of genetic sequences – on the up and up" (avril 2000) à l'adresse <http://www.derwent.com/ipmatters/statistics/genetics.html>)



Difficultés dans la détermination des normes de brevetabilité

Il n'est pas surprenant qu'il n'y ait pas de consensus sur les normes de brevetabilité pour les inventions biotechnologiques. L'on a fait à ce propos l'observation suivante :

“En général, la loi a eu tendance, à notre avis, à être généreuse avec la délivrance de brevets sur les séquences d'ADN. Non seulement de nombreux brevets sont de portée très étendue, mais ils ont aussi été délivrés à une époque où les critères d'inventivité et d'utilité n'étaient pas appliqués de manière rigoureuse.”¹³⁶

¹³⁶ Voir Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002), p. 47. Voir aussi Trilateral Project B3b, “Comparative Study on Biotechnology patent practices : Patentability of DNA fragments” à l'adresse <http://www.jpo.go.jp> et Trilateral Project B3b, “Nucleic acid molecule-related inventions whose functions are inferred based on homology search” à l'adresse <http://www.jpo.go.jp>.

Alors qu'il semble y avoir un terrain d'entente sur le fait qu'un être humain en lui-même ne saurait constituer une invention brevetable, la controverse fait rage, entre autres questions, sur les brevets appartenant au domaine génétique, par exemple sur les séquences ou séquences partielles de gènes ou les protéines thérapeutiques, qui sont qualifiées de "simples découvertes" plutôt que d'"inventions."¹³⁷ La question de savoir "si une forme isolée et purifiée d'un produit naturel est brevetable"¹³⁸ s'étend donc aussi aux tissus et cellules humains¹³⁹ qui sont séparés du corps humain (ou produits autrement, au moyen d'un procédé technique) et identiques à ceux d'un élément naturel. À cet égard, il faut noter que l'exclusion de la brevetabilité d'inventions dont l'exploitation serait contraire à "l'ordre public ou la moralité" est prévue par les lois sur les brevets d'un grand nombre de juridictions. Des questions analogues se posent à propos de l'attribution de brevets aux chimères, de même qu'aux animaux, comme le fait ressortir la saga de la carnosouris de Harvard¹⁴⁰.

Les trois piliers principaux de la brevetabilité

Ces questions se rapportent aux trois piliers fondamentaux de la brevetabilité : nouveauté, activité inventive et application et utilité industrielles. Dans leur application aux inventions biotechnologiques, il n'est pas certain, par exemple, si "nouveauté" veut dire "nouveau" en ce sens qu'il n'y a pas "préexistence" ou s'il suffit que l'objet soit nouveau au sens de l'état de la technique¹⁴¹. Un matériel biologique qui a été isolé de son milieu naturel peut-il être l'objet d'une invention? Il n'y a pas de consensus sur cette question bien que certaines juridictions aient cherché à donner des conseils à ce sujet¹⁴².

¹³⁷ Voir la Directive de l'Union européenne sur la protection juridique des inventions biotechnologiques (98/44/CE), article 5.1 et considérant s'y rapportant. Voir aussi la CBE, article 53 et règle 23.

¹³⁸ Voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 18.

¹³⁹ Y compris les cellules souches humaines et les procédés de clonage (par exemple, le clonage reproductif et thérapeutique).

¹⁴⁰ Aux États-Unis, la carnosouris a été brevetée en 1988. Elle l'est aussi dans les pays suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, France, Grèce, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni et Suède. Un brevet analogue a été délivré au Japon. Voir aussi OEB, affaire de la carnosouris d'Harvard [1992] JO OEB 588. Cf. Commissaire aux brevets c. Président and membre de Harvard College (décembre 2002) (Cour suprême du Canada).

¹⁴¹ Voir aussi le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 18.

¹⁴² Par exemple, aux États-Unis une forme isolée et purifiée d'un produit naturel est brevetable; voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 18. Voir aussi la Directive de l'Union européenne sur la protection juridique des inventions biotechnologiques (98/44/CE), qui prévoit, entre autres, que : "Une matière biologique isolée de son milieu naturel ou produite à l'aide d'un procédé technique peut être l'objet d'une invention, même lorsqu'elle préexistait à l'état naturel." De même, un "élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel." (Voir articles 3.2 et 5.2). Cette disposition est à comparer avec la loi brésilienne sur les brevets qui exclut de la brevetabilité les "matières biologiques trouvées dans la nature" même si elles sont isolées, y compris "les génomes et le plasma germinatif" de tout être vivant; voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 18.

Des difficultés sont aussi apparues avec le critère de l'activité inventive. Bien qu'il n'existe pas de norme mondiale uniforme de l'inventivité, le critère dominant semble être lié à la notion de "personne compétente dans le domaine."¹⁴³ Les discussions vont bon train même sur les questions "de base" telles que : qui est cette personne théorique "compétente dans le domaine"? Quel est le niveau de compétence que possède cette personne par rapport aux inventions technologiques? Les travaux expérimentaux accomplis par une personne compétente avec des moyens courants pour arriver à cette solution satisfont-ils le critère de l'inventivité? Comme exemple des divergences possibles, l'OEB a fait savoir que l'identification *in silico* de gènes¹⁴⁴ ne serait pas considérée comme inventive¹⁴⁵. Il a aussi déclaré que la "non-évidence structurelle n'est pas une raison d'accepter qu'il y ait activité inventive; pour être reconnues comme inventives, les séquences, de même que tout autre composé chimique, doivent résoudre un problème technique d'une manière non évidente."¹⁴⁶

En dernier lieu, il est urgent de déterminer si le critère de l'application industrielle est satisfait lorsqu'on divulgue uniquement une utilité spéculative. Bien que les séquences d'ADN se prêtent à de nombreuses applications bien connues, telles que les tests diagnostiques, la thérapie génique et la production de protéines thérapeutiques¹⁴⁷, il convient de faire certaines observations concernant la récente controverse survenue à propos de la délivrance de brevets sur les instruments de recherche.

Délivrance de brevets relatifs aux instruments de recherche

Le dilemme de la protection par brevet des instruments de recherche, tels que les marqueurs de séquences exprimées (EST) et les polymorphismes d'un seul nucléotide (SNP), a été traité dans de nombreux rapports éminents¹⁴⁸. Ces instruments de recherche utilisant l'ADN doivent "être employés principalement comme un moyen de mettre au point un produit commercial, tel qu'un médicament ou un vaccin, sans constituer un produit en lui-même."¹⁴⁹ Dans certains cas, ces technologies peuvent être "le résultat d'un processus de

¹⁴³ C'est-à-dire que pour être originale l'invention ne doit pas être "évidente pour une personne compétente dans le domaine."

¹⁴⁴ La question est de savoir s'il faut reconnaître "les droits revendiqués sur les séquences d'ADN qui ont été identifiées et définies uniquement par une analyse *in silico* des séquences d'ADN et une comparaison avec d'autres séquences identifiées". Voir Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002), p. 50.

¹⁴⁵ Opinion qui est aussi celle du Nuffield Council of Bioethics.

¹⁴⁶ Voir Report of Trilateral Project B3b of the European, Japanese and US Patent Offices (novembre 2001), annexe 2, p. 43, à l'adresse http://www.european-patent-office.org/tws/report/report_start_page.htm.

¹⁴⁷ Question étudiée en détail ailleurs. Par exemple, Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002).

¹⁴⁸ Le terme "instrument de recherche" désigne "la gamme complète des ressources, méthodes et techniques utilisées pour la recherche." Voir le rapport de la CIPR, ci-dessus note 5, p. 174. Le Nuffield Council on Bioethics emploie le terme "outil de recherche", défini comme suit dans le Report of the National Institute of Health (NIH), Working Group on Research Tools (1998) : "Nous employons le terme "outil de recherche" au sens le plus large pour couvrir la gamme complète des ressources que les scientifiques emploient dans un laboratoire, tout en admettant que dans des perspectives différentes ces mêmes ressources peuvent être considérées comme un "produit final."

¹⁴⁹ Voir Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002), p. 56.

recherche mais servir aussi d'intrant dans un ou plusieurs processus en aval."¹⁵⁰ Toutefois, elles ne possèdent souvent "aucune valeur thérapeutique ou diagnostique immédiate" au-delà de celle des recherches entreprises "pour identifier des objectifs pouvant mener à la mise au point de nouveaux médicaments."¹⁵¹

Les instruments de recherche sont essentiels pour promouvoir la recherche-développement. La délivrance de brevets sur ces "instruments de recherche" liés à l'ADN peut en entraver l'utilisation dans la recherche et la découverte de médicaments, de thérapeutiques et de traitements nouveaux. L'on a même fait valoir que "le progrès scientifique peut en être ralenti, notamment dans les pays en développement et les institutions publiques de recherche."¹⁵² L'accès à ces instruments peut ne pas être correctement assuré par la cession de licences ou d'autres mécanismes puisque ceux-ci sont souvent complexes et entraînent des "coûts imprévisibles."¹⁵³ Malgré "la possibilité de déboucher sur des produits commerciaux dans l'avenir lorsque leur fonction sera mieux comprise"¹⁵⁴, le Nuffield Council on Bioethics estime que, d'une manière générale, "les découvertes de routine avec des utilisations faiblement démontrées ou spéculatives" méritent rarement "le statut d'invention brevetable" et que la délivrance de brevets sur les séquences d'ADN comme instruments de recherche doit être découragée¹⁵⁵.

Les observations faites de l'incidence des brevets délivrés pour les instruments de recherche méritent certainement d'être étudiées plus à fond. L'on peut affirmer que le monopole inhérent à la protection des instruments de recherche par un brevet peut avoir sur la société dans son ensemble un effet défavorable tel qu'il justifierait une enquête pour savoir si cet effet néfaste lié au fait de ne pas s'écarter de la protection actuellement offerte par le système des brevets l'emporte sur les effets bénéfiques. Dans ce contexte, les mesures prises par l'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique¹⁵⁶ et l'OEB¹⁵⁷ pour rendre

¹⁵⁰ Voir le rapport de la CIPR, ci-dessus note 5, p. 112.

¹⁵¹ Voir Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002), p. 56.

¹⁵² Voir rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 20.

¹⁵³ Voir rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 20. Voir, par exemple, les brevets relatifs au paludisme : protéine MSP-1 étudiée dans le rapport du South Centre, *ibid.*, p. 20 et le rapport du Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002), p. 43.

¹⁵⁴ Voir Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002), p. 56.

¹⁵⁵ Voir Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002), pp. 57 et 59.

¹⁵⁶ Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique : Voir *Utility Examination Guidelines* (Fed Reg 66: 1093) et *Written Description Guidelines* de cet office (Fed Reg 66 : 1103).

¹⁵⁷ Office européen des brevets (OEB). Voir, par exemple, brevet de l'ICOS Corporation : Décision d'opposition de l'OEB révoquant le brevet européen n° 0 630 405 pour le motif, entre autres, qu'une séquence d'ADN codant une protéine sans fonction crédible n'est pas une invention brevetable : voir *Journal officiel de l'OEB* 05/2002 (20 juin 2001) à l'adresse <http://www.european-patent-office.org>. Voir aussi Directive de l'Union européenne sur la protection juridique des inventions biotechnologiques.

le critère de l'utilité "plus rigoureux"¹⁵⁸ sont instructives. Par exemple, certaines juridictions exigent maintenant la démonstration d'une utilisation importante, crédible et spécifique lorsque des droits sont revendiqués sur des séquences d'ADN dans les demandes de brevet¹⁵⁹.

*BREVET SUR LES INSTRUMENTS DE RECHERCHE : ÉTUDE DE CAS SUR LE
RÉCEPTEUR CCR5– VIH/SIDA*

En février 2000, Human Genome Sciences Inc (HGS), une société américaine, a obtenu un brevet des États-Unis lui accordant des droits sur le gène codant pour le récepteur CCR5. (Voir US patent n° 6 025 154). Le récepteur CCR5 est le trajet par lequel le virus du VIH/SIDA pénètre dans une cellule. Lorsque la société HGS a isolé pour la première fois le gène pour ce récepteur et demandé un brevet en juin 1995, elle estimait que le critère de l'utilité était satisfait en ce sens que la protéine du CCR5 serait un récepteur à la surface de la cellule. Les revendications jointes à la demande de brevet couvraient effectivement un récepteur viral mais à l'époque l'entreprise ne connaissait pas le rôle du récepteur dans la transmission du VIH/SIDA. Au contraire, les chercheurs pensaient exploiter le brevet essentiellement pour la mise au point de thérapeutiques anti-inflammatoires. Par la suite, le rôle du récepteur CCR5 dans la transmission du VIH/SIDA a été mis en évidence par d'autres chercheurs, six mois après que HGS a déposé sa demande de brevet. Un autre chercheur, le docteur M. Parmentier, avait isolé le gène quelques années auparavant mais n'a déposé une demande de brevet qu'en mars 1996 une fois que sa fonction biologique a été confirmée. Son équipe ainsi que d'autres groupes de recherche ont publié simultanément la conclusion que le CCR5 était effectivement un site critique pour l'entrée du VIH/SIDA dans la cellule. Le brevet du docteur Parmentier n'a pas encore été délivré. HGS a déjà concédé plusieurs licences en vue de l'utilisation du gène récepteur CCR5 pour la recherche de nouveaux médicaments. Dans un cas récent, Praecis Pharmaceuticals a obtenu une licence pour mettre au point contre le sida des thérapeutiques utilisant ce récepteur. Les interventions thérapeutiques futures dépendront des licences concédées par HGS. Actuellement, il semblerait que cette entreprise n'a pas l'intention d'empêcher les universitaires d'entreprendre des recherches sur le CCR5 sans avoir obtenu une licence.

*Selon le Nuffield Council on Bioethics l'issue du cas HGS montre clairement que le niveau de protection accordé n'est pas apparent dans l'importance de la contribution apportée par le déposant, l'entreprise ayant obtenu un brevet des États-Unis de grande portée bien qu'elle n'eût pas connaissance du rôle effectif du récepteur CCR5 dans la transmission du VIH/SIDA. (Source : Nuffield Council on Bioethics, *The Ethics of Patenting DNA* (juillet 2002), pp. 41 et 57). Voir aussi : Euroscreen's patent (US patent n° 6 448 375) de septembre 2002, relatif au rôle du récepteur CCR5 dans la contamination par le VIH. Il a été dit que ce brevet contestait directement le brevet de HGS (n° 6 025 154) relatif au récepteur CCR5 délivré en février 2000. (Source : PR Newswire, "Euroscreen Awarded US Patent Covering Key HIV Target" (12 septembre 2002); voir <http://www.cafazine.com>.)*

¹⁵⁸ Voir le rapport de la Commission des droits de propriété intellectuelle du Royaume-Uni "Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy" (2002), p. 116.

¹⁵⁹ Voir, par exemple, USPTO Utility Examination Guidelines. L'on notera l'approbation par le Nuffield Council de ces directives dans le rapport du Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002), p. 59.

Portée des brevets sur les séquences d'ADN

Enfin, il convient d'ajouter quelques mots sur la portée des brevets relatifs aux inventions biotechnologiques, en particulier les séquences d'ADN. Il est caractéristique de l'ADN qu'"un seul gène engendrera souvent plus d'un produit, par exemple des protéines différentes." Il a été constaté que de nombreux brevets accordés pour des séquences d'ADN semblent être de grande portée. Certains permettent à l'inventeur d'obtenir une protection étendue pour toutes les utilisations de l'ADN, y compris les protéines que celui-ci produit¹⁶⁰. Il a été déclaré que la délivrance de "trop nombreux brevets de grande portée à un stade précoce du développement d'un domaine scientifique naissant peut restreindre l'accès d'autres chercheurs à l'information génétique couverte par ces brevets."¹⁶¹

La portée des brevets¹⁶², en particulier des brevets de produit¹⁶³, est un autre domaine auquel profiterait un consensus mondial sous une forme ou une autre. La démarche des États-Unis et de l'Allemagne semble fournir une protection absolue pour tout usage possible, sans la limiter à l'utilisation particulière énoncée dans la revendication. Il en résulterait que les droits porteraient même sur "des utilisations non encore prévues ou découvertes"¹⁶⁴. Le Nuffield Council on Bioethics a proposé de réduire la portée de certains brevets de produit portant sur des séquences d'ADN "en limitant la portée des brevets de produit revendiquant des droits sur des séquences d'ADN d'origine naturelle aux utilisations mentionnées dans les revendications, où les motifs invoqués pour l'inventivité concernent l'utilisation de la seule séquence et non la dérivation ou l'élucidation de la séquence elle-même."¹⁶⁵

Étant donné la prolifération des brevets, notamment ceux qui se rapportent aux séquences d'ADN, il serait tout à fait opportun de redéfinir ce qui constitue une portée appropriée pour certains de ces brevets. Un examen bien mené porterait sur l'articulation et l'interprétation des revendications accompagnant la demande. Cela serait particulièrement justifié étant donné les différents points de vue qui existent actuellement, par exemple, sur les doctrines de "l'équivalence"¹⁶⁶.

¹⁶⁰ Voir Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002), p. 47. Voir aussi l'étude de cas ci-dessus sur le CCR5.

¹⁶¹ Voir Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002), p. 65.

¹⁶² Voir, par exemple, le brevet d'"Édimbourg" (EP 0695351) sur l'isolation, la sélection et la propagation des cellules souches transgéniques animales, délivré par l'OEB avec des revendications fondées comprenant le clonage d'êtres humains, mais modifié depuis pour exclure cette possibilité. Le titulaire du brevet a déclaré qu'il n'avait jamais souhaité que la portée du brevet s'étende à la création d'êtres humains transgéniques. Voir <http://www.european-patent-office.org>.

¹⁶³ Y compris les brevets pour un produit découlant d'un procédé.

¹⁶⁴ Voir Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002), p. 65.

¹⁶⁵ Voir Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002), p. 66. Par exemple, si la portée de ces brevets n'est pas interprétée de manière trop large, d'autres chercheurs seront davantage incités à s'en servir comme base pour leurs inventions.

¹⁶⁶ La "doctrine de l'équivalence" s'est surtout développée aux États-Unis. En Europe, la démarche consiste à trouver un équilibre entre "une juste protection pour le titulaire du brevet" et "un degré raisonnable de certitude pour les tiers" (voir Protocole sur l'interprétation de l'article 69 de la CBE), complété par des possibilités d'équivalence.

Conclusion

Il a en effet été noté que :

“[L]es recherches biotechnologiques auxquelles le secteur privé a consacré des investissements massifs sont précisément le genre de recherche et d’innovation que [le système des brevets] était censé promouvoir. Les soins de santé sont le principal bénéficiaire de la biotechnologie. D’autre part, des sommes très importantes doivent être trouvées pour financer la recherche biomédicale. Le [système des brevets] est la concrétisation de la politique générale selon laquelle ceux qui profitent directement d’une invention devraient être priés, dans le cadre du système des brevets, de la financer, au moins en partie.”¹⁶⁷

En déterminant le juste prix d’une invention, les dissensions dues aux orientations concurrentes au sein et en dehors du système des brevets doivent être judicieusement prises en compte afin que l’invention ait une importance maximale pour ceux qui participent au système. Les nombreux problèmes mentionnés ci-dessus concernent à la fois les pays du monde en développement et ceux du monde développé.

Enfin, il est intéressant de noter la proposition concernant l’établissement de zones “sans propriété intellectuelle” marquant le fait que “certaines catégories d’informations précieuses doivent être en dehors du domaine de la propriété privée. Au moment de nous attaquer aux réalités naissantes d’une économie fondée sur la connaissance, cette démarche se révélera d’une valeur exceptionnelle.”¹⁶⁸ L’on a fait remarquer que, judicieusement conçue, une zone sans propriété intellectuelle, comprenant, par exemple, des “données brutes sur les séquences du génome humain peut éviter de nombreux litiges acerbes et sujets d’amertume, sans parler de la contribution qu’elle peut apporter à une arrivée accélérée sur le marché de la prochaine génération de médicaments et de traitements.”¹⁶⁹ Si cette mesure était adoptée, elle pourrait assurer l’équilibre permettant “aux entreprises biotechnologiques et pharmaceutiques de mettre au point de nouveaux médicaments et traitements tout en insistant sur le fait que l’infrastructure dans ce domaine – les données brutes sur les séquences de tous les gènes humains – restera résolument dans le domaine public.”¹⁷⁰ Comme l’a fait observer la Cour suprême du Canada, “la mobilité du capital et de la technologie rend souhaitable que les juridictions comparables avec des législations comparables sur la propriété intellectuelle parviennent à des résultats juridiques similaires.”¹⁷¹

¹⁶⁷ Voir Commissaire aux brevets c. Président et membre du Harvard College (décembre 2002) (Cour suprême du Canada).

¹⁶⁸ Voir Shulman, “It’s Time For ‘IP-Free’ Zones” (août 2000), que l’on peut consulter à : <http://www.derwent.com/ipmatters/features/shulman.html>.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ Voir Commissaire aux brevets c. Président et membre du Harvard College (décembre 2002) (Cour suprême du Canada).

4.3.2.2 Intérêts du public : la santé publique

Introduction

Au cours des dernières années, certains pays en développement se sont déclarés fortement préoccupés par le fait que l'application des systèmes actuels de propriété intellectuelle pourrait "s'opposer aux efforts qu'ils déploient pour améliorer la santé publique ... en particulier si la protection par les brevets avait pour effet d'augmenter le prix et de réduire le choix des sources de produits pharmaceutiques."¹⁷² La controverse provoquée par "le problème de santé publique sans précédent que constitue la catastrophe du VIH/SIDA pour l'humanité"¹⁷³ contribue à mettre en lumière les tensions nées du fait que les brevets sur certains produits pharmaceutiques "pourraient être en train de gêner les tentatives des gouvernements visant à régler les questions politiques urgentes " en "empêchant de manière inacceptable d'avoir accès à des soins de santé d'un prix abordable, contrecarrant ainsi les programmes de santé publique."¹⁷⁴ Ces protestations ne sont qu'une autre manifestation des tensions et des déséquilibres sous-jacents qui existent entre les mondes développé et en développement.

Il faut donc d'urgence concilier et prendre dûment en compte les intérêts fondamentaux concurrents afin de faciliter l'accès aux médicaments dans certaines circonstances. L'on en voit aussi le reflet dans la Déclaration de Doha de l'OMC relative à l'Accord sur les ADPIC et la santé publique :

"Nous convenons de ce que l'Accord sur les ADPIC n'empêche ni ne doit empêcher les membres de prendre les mesures nécessaires pour protéger la santé publique. En conséquence, tout en confirmant notre attachement à cet Accord, nous déclarons qu'il peut et doit être interprété et appliqué de façon à défendre le droit des membres de l'OMC de protéger la santé publique et, en particulier, de faciliter pour tous l'accès aux médicaments."¹⁷⁵

¹⁷² Voir le rapport de la CIPR, ci-dessus note 5, p. 29.

¹⁷³ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 3, § 5.

¹⁷⁴ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, p. 32, § 141. Voir, par exemple, les récentes protestations d'un consortium d'organisations non gouvernementales au Kenya concernant le coût élevé des médicaments contre le sida. L'on a en conséquence demandé que soit examinée la question suivante : "Comment un monde en voie de globalisation impitoyable peut-il équilibrer les trois éléments – produits pharmaceutiques, brevets et profits – avec le droit des malades d'accéder aux médicaments essentiels?" Voir Odour Ong'wen, Crocodile Tears : How "Trips" Serves West's Monopoly, *The East African*, 12 mars 2001.

¹⁷⁵ Voir le paragraphe 4 de la Déclaration de Doha relative à l'Accord sur les ADPIC et la santé publique WT/MIN(01)/DEC/W/2) à l'adresse <http://www.worldtradelaw.net/doha/tripshealth.pdf>. À noter aussi les articles 8 et 73 de l'Accord sur les ADPIC relatifs à la protection de la santé publique et des intérêts sécuritaires essentiels. L'on a en effet fait valoir que la souplesse et les sauvegardes offertes par cet Accord, notamment dans le cas de la protection de la santé publique, doivent être préservées. Voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 27. Voir aussi Royal Society, *Keeping Science Open : the effects of intellectual property policy on the conduct of science* (avril 2003), p. 15, où cette société reconnaît l'importance d'assurer aux pays en développement une offre suffisante de médicaments à bas prix.

Quelques observations sur les possibilités de réforme

Dans la présente discussion l'objectif en dernier ressort est d'assurer que les médicaments puissent jouer le rôle central qui est le leur en assurant un accès plus large aux soins de santé pour certains et la santé pour tous. De même, les recommandations ne visent qu'à améliorer l'accès aux médicaments et à les fournir à un prix abordable à ceux qui en ont besoin. Parallèlement aux autres études publiées sur les législations et les questions connexes¹⁷⁶, nous analyserons quelques observations sur certaines des options proposées. De nombreuses options proposent d'inclure dans le projet de SPLT une exception générale relative à la protection de la santé publique et de l'environnement¹⁷⁷. D'autres mesures éventuelles comprennent les licences obligatoires, les importations parallèles, la réglementation et la différenciation des prix, les actions charitables (dons de médicaments), l'assistance des gouvernements et un appel en faveur d'une plus grande responsabilité sociale des entreprises.

Médicaments non brevetés

Il a été noté que la très grande majorité des produits pharmaceutiques ne sont pas brevetés et peuvent donc être utilisés dans le domaine public. Une enquête récente a conclu que 20% seulement des médicaments antirétroviraux pour le traitement du VIH/SIDA sont couverts par un brevet¹⁷⁸. Le tableau ci-dessous¹⁷⁹ donne d'autres informations intéressantes :

¹⁷⁶ Voir, par exemple : le rapport de la CIPR, ci-dessus note 5; le Plan d'action de l'OMPI (A/36/14), ci-dessus note 1; le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6); le rapport du South Centre, ci-dessus note 79; Scherer et Watal, Post-Trips Options for Access to Patented Medicines in Developing Countries, Commission de l'OMS macroéconomie et santé (2001) à l'adresse http://www.cmhealth.org/docs/wg4_paper1.pdf ("Scherer & Watal"); Maskus, Parallel Imports in Pharmaceuticals : Implications for Competition and Prices in Developing Countries (avril 2001); le rapport de l'Institut international de la propriété intellectuelle (IPI), Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa (2000), disponible sur le site <http://www.iipi.org>.

¹⁷⁷ Voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 20. Voir aussi Scherer et Watal, ci-dessus note 176, p. 4, sur le nombre des pays développés actuels qui ont aussi, jusqu'à une date récente, exclu les produits pharmaceutiques de la protection par les brevets.

¹⁷⁸ Voir Kirk, "Competing demands on public policy," communication soumise à la Conférence de l'OMPI sur le système international des brevets, tenue à Genève du 25 au 27 mars 2002, qui cite une étude récente sur 53 pays africains publiée dans le Journal of the American Medical Association et où il est dit que trois seulement des 15 médicaments antirétroviraux pour le traitement du VIH/SIDA sont encore protégés par des brevets.

¹⁷⁹ Source : communication de l'Office de la propriété intellectuelle de Singapour (Compiled Comments).

MALADIE	BREVETS SUR LES MÉDICAMENTS CORRESPONDANTS
Tuberculose et paludisme	Quelque 95% des produits pharmaceutiques sur la Liste des médicaments essentiels de l'Organisation mondiale de la santé ne sont plus protégés par des brevets ¹⁸⁰ . Cette liste comprend neuf médicaments contre la tuberculose et huit contre le paludisme ¹⁸¹ .
VIH/SIDA	La plupart des médicaments antirétroviraux ne sont pas protégés par des brevets dans la majorité des pays en développement ¹⁸² . Quelque 95% des produits pharmaceutiques sur la Liste des médicaments essentiels de l'Organisation mondiale de la santé – qui comprend de nombreux médicaments utilisés pour traiter divers aspects et effets secondaires du VIH/SIDA – ne sont plus protégés par des brevets ¹⁸³ . Cette liste comprend 12 médicaments antirétroviraux ¹⁸⁴ .

Étant donné cette situation, l'on a fait valoir que la création d'une "offre fortement concurrentielle" de ces génériques aurait pu élargir l'accès aux médicaments à des prix abordables. Les pays en développement ont été instamment priés de veiller à ce que "le commerce des médicaments génériques ne soit pas soumis à des restrictions et qu'il naisse des marchés mondiaux fortement concurrentiels."¹⁸⁵ Il a toutefois été noté que de nombreux pays en développement "se sont fait du tort en ne profitant pas entièrement des possibilités qu'il y avait d'encourager la substitution de génériques."¹⁸⁶

Quoi qu'il en soit, les questions concernant la vente de médicaments brevetés à des prix abordables continueront à monopoliser les ordres du jour¹⁸⁷. Le Groupe des États Afrique, Caraïbes et Pacifique (ACP) ont effectivement noté qu'étant donné l'apparition de nouvelles

¹⁸⁰ Voir http://www.wipo.org/about-ip/en/studies/publications/health_care.htm : OMPI, Questions nouvelles en matière de propriété intellectuelle : Brevets et accès aux médicaments et aux soins de santé – "Trouver un équilibre : Brevets et accès aux médicaments et aux soins de santé ".

¹⁸¹ Voir <http://www.who.int/medicines/organization/par/edl/eml.shtml> : Liste modèle des médicaments essentiels de l'OMS (révisée avril 2002) - Liste de base.

¹⁸² Voir "Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceutical in Sub-Saharan Africa", rapport établi pour l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), Institut international de la propriété intellectuelle, 1996, 2000 p. 36.

¹⁸³ Voir http://www.wipo.org/about-ip/en/studies/publications/health_care.htm : OMPI, Questions nouvelles en matière de propriété intellectuelle : Brevets et accès aux médicaments et aux soins de santé – "Trouver un équilibre : Brevets et accès aux médicaments et aux soins de santé ".

¹⁸⁴ Voir <http://www.who.int/medicines/organization/par/edl/eml.shtml> : Liste modèle des médicaments essentiels de l'OMS (révisée avril 2002) - Liste de base.

¹⁸⁵ Voir Scherer et Watal, ci-dessus note 176, p. 60. Voir aussi une enquête récente par Frost et Sullivan Asia Pacific faisant observer que le marché de l'Asie de l'Est est entraîné par les fabricants de produits génériques qui doivent leur force actuelle à leur prédominance sur les marchés locaux. Une enquête récente sur les marchés des produits pharmaceutiques génériques en Malaisie, aux Philippines, à Singapour et à Taiwan a révélé que le marché total des produits génériques en pharmacie dans ces quatre pays a été estimé à plus de 500 millions de dollars en 2001 et devrait dépasser un milliard de dollars d'ici 2007 : voir Frost et Sullivan Asia Pacific, "The Asian Generic Pharmaceutical Market" (3 octobre 2002) à l'adresse <http://pharmalicensing.com>. Voir aussi Frost et Sullivan Asia Pacific, "The Generic Invasion – An Inside Scoop to the Pot of Gold" (27 mars 2003) à <http://pharmalicensing.com>.

¹⁸⁶ Voir Scherer et Watal, ci-dessus note 176.

¹⁸⁷ Voir Adelman (Compiled Comments).

maladies, telles que le SRAS, il fallait trouver d'urgence une solution simple, facile à appliquer et efficace¹⁸⁸. L'heure est donc venue de procéder à une nouvelle évaluation de certaines solutions possibles.

Médicaments brevetés

L'appel de certains pays en développement en faveur d'un meilleur accès aux médicaments d'un prix abordable est une importante question d'actualité qui touche de près certains médicaments brevetés. Toutefois, il faut garder à l'esprit qu'il est difficile d'établir des critères valables pour déterminer ce qui constitue un coût abordable absolu ou objectif. Cette notion est souvent relative et varie directement en fonction du degré de pauvreté. Le prix final d'un médicament breveté payable par le consommateur dépend de nombreuses variables, dont le prix de vente du fabricant, la disponibilité des produits ou traitements de remplacement, les coûts de répartition et les marges bénéficiaires, les économies d'échelle, les obstacles dus aux réglementations et aux structures, les subventions, les taxes et droits de douane.

Bien que le prix demandé par le titulaire du brevet soit sans aucun doute une composante majeure du prix final, il pourrait bien être erroné de conclure que certains médicaments sont exorbitants du simple fait qu'ils sont brevetés. En outre, l'argument selon lequel "les pays ne peuvent pas tout simplement profiter gratuitement des travaux de recherche-développement des entreprises pharmaceutiques multinationales"¹⁸⁹ pourrait être difficile à écarter. Nous estimons que quatre des options proposées ci-dessous pourraient contribuer à atténuer les tensions entre intérêts concurrents.

a) Concurrence des produits génériques

Il a été observé que "les prix des produits pharmaceutiques diminuent fortement lorsque des génériques entrent sur le marché après l'expiration de brevets."¹⁹⁰ De ce fait, les pays en développement qui ne sont pas ou ne sont pas encore tenus d'appliquer intégralement l'Accord sur les ADPIC peuvent exploiter la possibilité qui leur est donnée de tirer entièrement parti des génériques. Si leurs ressources le permettent, certains pays en développement pourraient renforcer leur capacité de production des médicaments génériques¹⁹¹ afin de produire des versions peu coûteuses de médicaments brevetés et de les exporter vers les pays qui permettent ou encouragent l'importation et l'utilisation de produits de substitution génériques. De par sa nature, cette solution pourrait ne pas durer longtemps pour certains mais elle n'en reste pas moins très intéressante.

¹⁸⁸ Voir Communication du Groupe des États Afrique, Caraïbes et Pacifique (ACP) sur le paragraphe 6 de la Déclaration de DOHA relative à l'Accord sur les ADPIC et la santé publique (28 mai 2003) à <http://www.wto.org>.

¹⁸⁹ Voir Scherer et Watal, ci-dessus note 176.

¹⁹⁰ Voir Scherer et Watal, ci-dessus note 176.

¹⁹¹ Il peut être utile de noter que le marché de l'Asie de l'Est est entraîné par les fabricants de produits génériques qui doivent leur force actuelle à leur prédominance sur les marchés locaux. Une enquête récente sur les marchés des produits pharmaceutiques génériques en Malaisie, aux Philippines, à Singapour et à Taiwan a révélé que le marché total des produits génériques en pharmacie dans ces quatre pays a été estimé à plus de 500 millions de dollars en 2001 et devrait dépasser un milliard de dollars d'ici 2007 : voir Frost et Sullivan Asia Pacific, "The Asian Generic Pharmaceutical Market" (3 octobre 2002) à l'adresse <http://pharmalicensing.com>. Voir aussi Frost et Sullivan Asia Pacific, "The Generic Invasion – An Inside Scoop to the Pot of Gold" (27 mars 2003) à <http://pharmalicensing.com>.

En outre, la mise au point de médicaments et de traitements concurrents pour la même maladie serait peut-être une autre façon de limiter le “pouvoir de monopole des médicaments brevetés.”¹⁹² C’est donc principalement avec les nouveaux médicaments de pointe ne faisant face qu’à une faible concurrence thérapeutique pour le traitement des maladies critiques et généralisées¹⁹³ qu’il se pose des problèmes de prix et d’accès plus sérieux.

CONCURRENCE DES AUTRES MÉDICAMENTS

Une enquête a constaté que sur les 148 nouveaux médicaments mis sur le marché des États-Unis entre 1978 et 1987, 13 seulement (soit environ 8%) n’avaient pas dans leur classe thérapeutique de produits de remplacement étroitement apparentés.

(Source : Lu et Comanor, “Strategic pricing of new pharmaceuticals” (1998), Review of Economic and Statistics 80 :108-118, cité dans Scherer et Watal, Post-Trips Options for Access to Patented Medicines in Developing Countries, Commission de l’OMS macroéconomie et santé (2001) à http://www.cmhealth.org/docs/wg4_paper1.pdf.)

b) Importations parallèles

Il convient de noter que l’expression “les dispositions de l’Accord sur les ADPIC relatives à l’épuisement des droits de propriété intellectuelle” a pour effet de “laisser chaque Membre libre de mettre en place sans contestation son propre système sur cette question de l’épuisement, sous réserve des dispositions des articles 3 et 4 concernant la nation la plus favorisée et le traitement national”¹⁹⁴. La liberté d’appliquer la doctrine de l’épuisement des droits pour limiter ceux conférés par les brevets a donné naissance à une large gamme de politiques nationales sur les importations parallèles ou le “commerce parallèle”. Un pays peut appliquer un système “national” d’épuisement et empêcher les importations parallèles, tandis qu’un pays qui adopte un système “international” d’épuisement légalise les importations parallèles¹⁹⁵.

¹⁹² Voir Scherer et Watal, ci-dessus note 176.

¹⁹³ Voir Scherer et Watal, ci-dessus note 176.

¹⁹⁴ Voir paragraphe 5 d) de la Déclaration de Doha relative à l’Accord sur les ADPIC et la santé publique (WT/MIN(01)/DEC/W/2) à <http://www.worldtradelaw.net/doha/tripshealth.pdf>. Voir aussi l’article 6 de l’Accord sur les ADPIC qui prévoit l’épuisement des droits comme suit : “Aux fins du règlement des différends dans le cadre du présent accord, sous réserve des dispositions des articles 3 et 4, aucune disposition du présent accord ne sera utilisée pour traiter la question de l’épuisement des droits de propriété intellectuelle.” Pour une analyse de l’octroi de licences obligatoires et des importations parallèles, notamment la position plus souple des États Unis et de l’Union européenne à ce sujet, voir le rapport de l’Institut international de la propriété intellectuelle (IPI), Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa (2000), pp. 14 -19, disponible sur le site <http://www.iipi.org>.

¹⁹⁵ La doctrine de l’“épuisement” est parfois désignée par le terme doctrine de la “première vente”; le principe de l’épuisement permet à un État membre de limiter l’application d’un droit de brevet une fois qu’un produit protégé par le brevet a été vendu. Voir le rapport de l’Institut international de la propriété intellectuelle (IPI), Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa (2000), p. 30, disponible sur le site <http://www.iipi.org>. L’on trouvera une discussion détaillée sur les importations parallèles de produits pharmaceutiques dans Maskus, Parallel Imports in Pharmaceuticals : Implications for Competition and Prices in Developing Countries (avril 2001).

L'on a fait observer que les importations parallèles de produits pharmaceutiques brevetés ont lieu "en raison de divers facteurs liés aux différences de prix entre les marchés : discrimination dans les prix par les fabricants, fixation verticale des prix au sein des systèmes de distribution, et systèmes différentiels dans la réglementation des prix."¹⁹⁶ Les importations parallèles influent donc sur le maintien de la différenciation et de la réglementation des prix. Cette pratique a été appelée "une forme d'arbitrage, tendant à réduire les différences de prix entre les différents marchés."¹⁹⁷

C'est là un autre domaine que les pays en développement voudront peut-être explorer lorsqu'ils s'efforcent de s'assurer un accès aux médicaments d'un prix abordable. Toutefois, pour encourager les entreprises pharmaceutiques à fournir des médicaments à des prix préférentiels, il importe de tenir compte de leurs craintes que ces prix pourraient apparaître sur d'autres marchés par le jeu des exportations parallèles. L'on a fait observer que les exportations parallèles de "médicaments vendus à bas prix dans les pays les moins avancés pourraient amener les fabricants de produits pharmaceutiques à ne plus vendre leurs médicaments à ces prix-là ou même à ne pas approvisionner du tout ces marchés à revenu faible."¹⁹⁸ Il se pourrait donc que les pays en développement doivent prendre des mesures efficaces pour empêcher l'exportation parallèle ultérieure de médicaments importés à des prix réduits. Dans ce contexte, il a été souligné que :

"Il y a de très bonnes raisons de restreindre les exportations parallèles de médicaments allant des pays à faible revenu aux pays à revenu élevé, bien que le premier groupe puisse rester ouvert [aux importations parallèles]. Cette notion pourrait être complétée par des systèmes d'épuisement régional entre pays pauvres afin d'accroître le volume du marché auquel les prix sont appliqués."¹⁹⁹

L'adoption récente du Règlement de l'Union européenne du 26 mai 2003 visant à empêcher que les produits pharmaceutiques vendus aux pays en développement à des prix réduits reviennent sur le marché européen souligne la nécessité d'isoler et de surveiller les importations parallèles de médicaments au sein des blocs régionaux de pays en développement et de prendre des mesures strictes contre leur réexportation à partir de leurs frontières²⁰⁰.

¹⁹⁶ Voir Maskus, *Parallel Imports in Pharmaceuticals : Implications for Competition and Prices in Developing Countries* (avril 2001), rapport présenté à l'OMPI au titre d'un contrat de louage de services, p. 41. À propos des avantages et coûts éventuels d'une autorisation des importations parallèles de produits pharmaceutiques, voir Maskus, *ibid.*

¹⁹⁷ Voir Scherer et Watal, ci-dessus note 176.

¹⁹⁸ Voir Scherer et Watal, ci-dessus note 176.

¹⁹⁹ Voir Maskus, *Parallel Imports in Pharmaceuticals : Implications for Competition and Prices in Developing Countries* (avril 2001), rapport présenté à l'OMPI au titre d'un contrat de louage de services, p. 3. L'on en trouve un écho dans Scherer et Watal, ci-dessus note 176.

²⁰⁰ Cette mesure fournit un mécanisme supplémentaire de protection, applicable que ces médicaments soient protégés ou non, et dont le but est d'encourager les entreprises à fournir des médicaments à prix réduits. Voir Communications de la CE sur l'application de la Déclaration de Doha relative à l'Accord sur les ADPIC et la santé publique (24 juin 2003) (IP/C/W/402). La Royal Society estime de même que "L'accès à ces médicaments est capital si la société veut lutter contre les grandes pandémies frappant le tiers monde. La pauvreté est ici le facteur critique mais les droits de propriété intellectuelle ne doivent pas être utilisés pour empêcher que les médicaments soient disponibles à bas prix. Un des corollaires de cette situation est que les pays développés et en développement devront coopérer pour assurer des mesures juridiques et pratiques visant à empêcher la revente dans les pays développés de médicaments à bas prix destinés aux pays en développement." Voir Royal Society, *Keeping Science Open : the effects of intellectual property policy on the conduct of science* (avril 2003), p. 15.

c) *Licences obligatoires*

Le recours aux licences obligatoires pour élargir l'accès aux médicaments brevetés d'un prix abordable est une pratique controversée²⁰¹. Il a été dit que ces licences "sont à l'origine des effets dynamiques de la concurrence susceptibles, avec le temps, de pousser les prix à la baisse"²⁰². La CIPR a en effet exprimé l'avis qu'elle "ne considère pas les licences obligatoires comme une panacée, mais plutôt comme une politique d'assurance indispensable contre les abus du système de la propriété intellectuelle."²⁰³ Les gouvernements y ont fait écho en déclarant, par exemple, que :

"[G]ardiens de l'intérêt public ... il leur faut suivre de près les activités des titulaires de brevets et être prêts à intervenir activement avec des contre-mesures là où cela est nécessaire. Pour cela, les licences obligatoires et ... les lois sur la concurrence sont les instruments évidents dont il convient de se servir ... Les gouvernements devraient faciliter encore davantage l'octroi de licences obligatoires et l'application des lois sur la concurrence dans des situations où les brevets uniques ou multiples influent, au total, défavorablement sur l'utilisation et la mise au point des inventions."²⁰⁴

L'Accord sur les ADPIC a réduit le champ des circonstances dans lesquelles les licences obligatoires peuvent être utilisées pour contrer des pratiques anticoncurrentielles ou autres²⁰⁵. Une des restrictions est que ces licences doivent servir "principalement pour l'approvisionnement du marché intérieur" du membre qui en a autorisé l'utilisation. Bien que l'on puisse renoncer à cette condition, dans les cas où la licence obligatoire est accordée pour contrer des mesures anticoncurrentielles²⁰⁶, son rôle dans la réduction des exportations de médicaments fabriqués en vertu de ces licences influera très fortement sur certains pays en développement qui dépendent de ces importations. Ce sont des pays qui ne sont pas en mesure d'utiliser efficacement l'option des licences obligatoires qui leur est ouverte, en raison de l'insuffisance de leur infrastructure et de leur incapacité d'inverser les flux technologiques et de se mettre à fabriquer ces médicaments eux-mêmes.

Cette préoccupation est très clairement exprimée dans la Déclaration de Doha, comme suit :

²⁰¹ Prenons, par exemple, les problèmes fondamentaux que l'Afrique du Sud, le Brésil et la Thaïlande connaissent actuellement avec le système des brevets, notamment le problème pour le système commercial multilatéral de s'assurer des droits de monopole sur, entre autres, les connaissances et la technologie protectrices de la vie. Voir Banque mondiale, "Differential Pricing and Politics of Health Development" (25 avril 2001) à :

<http://www.twinside.org.sg/title/politics.htm>. Voir aussi le rapport de l'Institut international de la propriété intellectuelle (IPI), *Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa* (2000), disponible sur le site <http://www.iipi.org>.

²⁰² Voir Déclaration d'information faite par le Consumer Project of Technology ("CPTech") à la Commission de la concurrence de l'Afrique du Sud.

²⁰³ Voir le rapport de la CIPR, ci-dessus note 5.

²⁰⁴ Voir Royal Society, *Keeping Science Open : the effects of intellectual property policy on the conduct of science* (avril 2003), p. 10.

²⁰⁵ Voir l'article 31 de l'Accord sur les ADPIC et prendre note de l'article 40 sur le contrôle des pratiques anticoncurrentielles dans les licences contractuelles.

²⁰⁶ Voir article 31 f) de l'Accord sur les ADPIC.

“Nous reconnaissons que les membres de l’OMC dont les capacités de fabrication dans le secteur pharmaceutique sont insuffisantes ou inexistantes pourraient connaître des difficultés au moment de chercher à utiliser efficacement les licences obligatoires dans le cadre de l’Accord sur les ADPIC ...”²⁰⁷

Il a été suggéré que les pays en développement devraient exercer de fortes pressions en faveur d’interprétations très larges de la disposition sur les ADPIC²⁰⁸, comme le précise la Déclaration de Doha²⁰⁹. Comme cet Accord envisage clairement qu’un certain volume d’exportations au titre de “licences obligatoires dans le pays exportateur sera autorisé”²¹⁰, l’on a fait valoir que ces possibilités d’exportation devraient s’étendre à tout autre pays qui a délivré des licences obligatoires ou à ceux dont les capacités de fabrication dans le secteur pharmaceutique sont insuffisantes ou inexistantes²¹¹.

En dehors de celle prévue par l’Accord sur les ADPIC, d’autres restrictions comprennent l’absence de titulaires de licences obligatoires dans le processus de fabrication de médicaments essentiels sur les marchés réduits ou peu rentables. En pareil cas, l’on a souligné qu’il faudra peut-être recourir à des subventions publiques ou à la fabrication de médicaments dans des établissements de l’État²¹². Des initiatives intérieures et des incitations financières et fiscales plus fortes pourraient être nécessaires pour encourager l’industrie pharmaceutique à participer plus activement à l’atténuation de ce problème.

Bien que la menace des licences obligatoires puisse être une arme “augmentant le pouvoir de négociation d’un pays”²¹³, elle est loin d’être une “baguette magique” permettant aux pays en développement d’acheter à des prix abordables des médicaments brevetés²¹⁴. En fait, l’on a noté que “dans la pratique, toutefois, les licences obligatoires sont rarement imposées” et que, en vertu de l’Accord sur les ADPIC, “les circonstances dans lesquelles les licences obligatoires peuvent être envisagées ne sont plus aussi étendues.”²¹⁵ Le Nuffield Council reconnaît aussi que²¹⁶ :

²⁰⁷ Voir le paragraphe 6 de la Déclaration de Doha concernant l’Accord sur les ADPIC et la santé publique (WT/MIN(01)/DEC/W/2) à l’adresse <http://www.worldtradelaw.net/doha/tripshealth.pdf>.

²⁰⁸ Voir Scherer et Watal, ci-dessus note 176.

²⁰⁹ Le paragraphe 5 b) de la Déclaration de Doha concernant l’Accord sur les ADPIC et la santé publique (WT/MIN(01)/DEC/W/2) mentionne expressément le droit de chaque membre “d’accorder des licences obligatoires et la liberté de déterminer les motifs pour lesquels ces licences sont accordées.” Voir <http://www.worldtradelaw.net/doha/tripshealth.pdf>.

²¹⁰ Scherer et Watal, ci-dessus note 176.

²¹¹ Voir Déclaration d’information faite par le Consumer Project of Technology (“CPTech”) à la Commission de la concurrence de l’Afrique du Sud.

²¹² Scherer et Watal, ci-dessus note 176.

²¹³ Scherer et Watal, ci-dessus note 176.

²¹⁴ Scherer et Watal, ci-dessus note 176. L’on notera aussi l’avis exprimé par l’IIPI : “Il n’est pas du tout certain que les tentatives faites pour abroger la protection par les brevets au moyen de licences obligatoires et d’importations parallèles parviendront finalement à élargir l’accès aux médicaments et aux soins de santé.” Voir le rapport de l’Institut international de la propriété intellectuelle (IIPI), *Patent Protection and Access to HIV/AIDS Pharmaceuticals in Sub-Saharan Africa* (2000), p. 20, à l’adresse <http://www.iipi.org>.

²¹⁵ Voir Nuffield Council on Bioethics, *The ethics of patenting DNA* (juillet 2002), pp. 54-55.

²¹⁶ *Ibid.* p. 55.

“L’opposition aux licences obligatoires est particulièrement forte dans l’industrie pharmaceutique à une époque où les coûts de recherche-développement augmentent et où le rythme de production des médicaments nouveaux ralentit. En outre, l’on pense plus généralement qu’une fois que l’instrument des licences obligatoires est utilisé dans un secteur, le principe sera plus facilement appliqué ailleurs. Nous sommes conscients du dilemme suivant : d’une part, dans le cas des médicaments en général, il y a ceux qui sont trop coûteux pour être fournis à tous les malades qui en ont besoin; d’autre part, l’imposition généralisée des licences obligatoires pourrait sérieusement réduire la capacité de recherche-développement de l’industrie pharmaceutique. Il faudra donc trouver un juste équilibre où les licences obligatoires ne seront invoquées que dans les cas où l’existence d’un monopole crée une situation inacceptable et injuste. Le principe qui doit nous guider ici est que la protection offerte par le système des brevets doit être à la mesure de la contribution apportée par l’inventeur. En fait, un recours généralisé aux licences obligatoires ... ne sera peut-être pas nécessaire puisque l’expérience montre que la simple menace du recours à ces licences suffit à inciter l’industrie à trouver d’autres solutions.”²¹⁷

Le Nuffield Council conclut ses observations en rejetant “l’utilisation en bloc et sans discrimination des licences obligatoires.”²¹⁸ Au contraire, il recommande que l’on étudie plus à fond la suggestion de l’OCDE de créer un centre d’information pour réduire le nombre de transactions et les obstacles auxquels se heurtent les laboratoires commerciaux recherchant des licences pour des “inventions génétiques.”²¹⁹ D’autres options, telles que les actions charitables, ont été proposées “comme seule solution de rechange à la mort ou à la débilité.”²²⁰ À cet égard, il serait peut-être utile à certains pays ou titulaires de brevets d’envisager d’accorder des licences “volontaires ou consensuelles” lorsque les circonstances s’y prêtent, dans un esprit de bonne responsabilité sociale des entreprises²²¹.

d) *Licences consensuelles : l’esprit de citoyenneté des entreprises*

Les industries pharmaceutiques et biotechnologiques sont d’énormes conglomerats avec des chiffres d’affaires de plusieurs milliards de dollars, réunissant des acteurs internationaux dont les produits influent profondément sur la santé et la sécurité publiques dans les pays tant

²¹⁷ D’autres solutions peuvent comprendre le recours à la différenciation des prix des médicaments antirétroviraux pour le traitement du VIH/SIDA dans plusieurs pays en développement.

²¹⁸ D’autres arguments contre la pratique des licences obligatoires comprennent leurs coûts et leur complexité éventuels, qui s’accompagnent d’une diminution néfaste de l’incitation à invalider ou à révoquer des brevets puisqu’il serait plus facile d’obtenir une licence que de contester un brevet.

²¹⁹ Voir Organisation de coopération et de développement économiques, rapport sommaire de l’atelier sur les Inventions génétiques, les droits de propriété intellectuelle et les pratiques en matière de licences, Berlin, Allemagne, 24-25 janvier 2002, p. 56, à l’adresse <http://www.oecd.org/pdf/M00031000/M00031448.pdf>.

²²⁰ Scherer et Watal, ci-dessus note 176.

²²¹ La responsabilité sociale des entreprises a été définie comme suit par le World Business Council for Sustainable Development (WBCSD) : “l’engagement permanent par les entreprises de se comporter de manière conforme à l’éthique et de contribuer au développement économique tout en améliorant la qualité de la vie des travailleurs et de leurs familles, ainsi que de la communauté locale et de la société dans son ensemble.” Voir “Corporate Social Responsibility: Making Good Business Sense, janvier 2000” à <http://www.wbcsd.ch/templates/TemplateWBCSD1>.

développés qu'en développement. La cession de licences pour la production et l'exploitation de médicaments par ces industries faite uniquement dans le but d'améliorer et de protéger la santé publique dans des circonstances appropriées autres que la pression de la loi et la seule poursuite du profit peut élargir l'accès limité aux médicaments d'un prix abordable dans certains pays en développement. Cette adoption d'un certain degré d'autorégulation ne sera pas seulement une nouvelle étape importante accomplie par les parties prenantes titulaires de brevets qui atténuera certaines des tensions apparaissant inévitablement entre eux et la société dans son ensemble; elle améliorera aussi sensiblement leur réputation auprès du public.

Aujourd'hui, les sociétés multinationales négligent à leur propre risque leur rôle social auprès de la communauté. Il n'est plus possible de gérer une entreprise sur le plan mondial tout en restant complètement indifférent aux questions sociales qui l'entourent. La responsabilité sociale des entreprises prend de plus en plus d'importance, comme on peut le voir d'après sa croissance exponentielle au cours des dix dernières années, un nombre de sociétés plus grand que jamais déployant un sérieux effort pour définir cette responsabilité et l'intégrer à tous les aspects de leurs opérations²²². La notion selon laquelle les entreprises ont des obligations envers la société allant au-delà des bénéfices et de la valeur du capital des actionnaires, sans que ces obligations et le profit soient incompatibles, intéresse de plus en plus les sociétés d'envergure mondiale. Mesurés d'après leurs seuls bénéfices, certains des pays en développement constituent des marchés tellement réduits qu'ils influent très peu sur les marges bénéficiaires des industries pharmaceutiques et n'ont de ce fait pratiquement aucun effet sur leur recherche-développement, ni sur leur politique de production et de commercialisation.

La reconnaissance de la responsabilité sociale par les entreprises peut être une réponse idéale aux appels de plus en plus nombreux des grands investisseurs institutionnels, qui demandent aux entreprises pharmaceutiques de prendre une position plus volontariste envers la crise de la santé publique, "que ce soit dans la perspective de leur réputation, du développement des marchés ou de l'esprit de citoyenneté des entreprises."²²³ Un groupe d'investisseurs institutionnels les plus importants d'Europe²²⁴ a en effet publié une Déclaration de bonne pratique demandant à 20 sociétés, dont AstraZeneca plc, GlaxoSmithKline plc and Novartis AG :

- a) de fixer les prix de leurs médicaments en fonction de la capacité de payer existant sur les différents marchés,
- b) d'empêcher les médicaments peu coûteux d'être renvoyés vers le monde développé,
- c) de cesser d'imposer des brevets aux pays les plus pauvres²²⁵.

²²² Voir <http://www.globalethicsmonitor.com>.

²²³ Voir *Financial Times*, 24 mars 2003.

²²⁴ Représentant 600 milliards de livres sterling (940 milliards de dollars) d'actifs. L'on trouve dans ce groupe Henderson Global Investors, ISIS Asset Management, Morley Fund Management et Schroder Investment Management.

²²⁵ Voir *Financial Times*, 24 mars 2003.

Tout en reconnaissant la contribution importante du programme de l'industrie pharmaceutique à l'amélioration de la santé publique dans de nombreux pays, en particulier les pays en développement, l'IFPMA²²⁶ a demandé que cette industrie améliore son image de marque en ce qui concerne la responsabilité sociale des entreprises²²⁷. En progressant ainsi, elle devra mettre en place un cadre permettant de trouver un équilibre délicat entre, d'une part, la sauvegarde des intérêts économiques immédiats des parties prenantes grâce à la sanction rigoureuse des droits attachés aux brevets et, d'autre part, les mesures permettant aux populations pauvres d'accéder aux médicaments essentiels à des prix abordables. Cet équilibre peut venir de la cession de licences consensuelles dont l'articulation exacte est une question qu'il faudra étudier plus à fond.

4.3.2.3 *Solutions plus efficaces pour la protection des savoirs traditionnels*

Il est banal d'affirmer que nous vivons dans un monde qui est riche en diversité biologique et en ressources biogénétiques. Un malaise croissant est toutefois apparu concernant le recours au système des brevets pour fournir une protection aux savoirs traditionnels²²⁸. Bien qu'il soit excusable de penser que l'on ait trop insisté sur l'observation selon laquelle ces ressources biologiques et génétiques "seront bientôt transformées ailleurs en produits chimiques ou autres d'une valeur ajoutée inimaginable qu'aucun accord sur le transfert de matériel ne pourrait couvrir ou reconnaître"²²⁹, l'on estime de plus en plus qu'il est urgent d'"assurer que les savoirs traditionnels seront respectés et appréciés à leur juste valeur."²³⁰ Il n'est pas du ressort de cette étude d'entreprendre une évaluation de ce domaine très important qui mérite manifestement d'être abordé de manière sérieuse par un forum séparé. L'on y trouvera toutefois certaines observations sur les nombreuses propositions qui ont été avancées.

De nombreux pays en développement ont demandé que l'on institue "l'obligation pour un déposant d'une demande de brevet de divulguer l'origine de tout matériel biologique faisant l'objet d'une revendication."²³¹ Une telle obligation, a-t-on dit, "contribuera à réduire ou à révoquer l'appropriation indue des ressources génétiques et des savoirs traditionnels puisqu'elle permettra aux offices de brevets d'obtenir des renseignements plus complets sur 'l'état de la technique'"²³². Une des façons possibles d'appliquer cette recommandation serait à travers le PCT. Tout matériel lié aux savoirs traditionnels pourrait être considéré comme un

²²⁶ Fédération internationale de l'industrie du médicament (IFPMA).

²²⁷ Voir le document de position de l'IFPMA sur "Les dons de médicaments", <http://www.ifpma.org>. La Fédération a noté que de 1998 à 2001 les entreprises pharmaceutiques et leurs ONG partenaires aux États-Unis ont fourni plus de 1,9 milliards de dollars d'assistance financière et de dons de médicaments; voir sa déclaration sur la responsabilité sociale des entreprises, <http://www.ifpma.org>.

²²⁸ Voir "Traditional Knowledge and Intellectual Property : Issues and options surrounding the protection of traditional knowledge" à <http://www.quno.org>.

²²⁹ Voir Lerson Tanasugarn, "IP and Biotechnology in Southeast Asia," communication soumise à la conférence internationale "Biotech 2002" (4 septembre 2002), Bangkok, Thaïlande.

²³⁰ Cela a été affirmé à la 27^e Assemblée générale de l'ICSU (Conseil international pour la science) tenue à Rio de Janeiro, 20 - 28 septembre 2002; voir Royal Society, *Keeping Science Open : the effects of intellectual property policy on the conduct of science* (avril 2003), p. 15.

²³¹ Voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 22.

²³² Voir le rapport du South Centre, ci-dessus note 79, p. 22. Voir aussi Correa, "Intellectual Property Rights and Foreign Direct Investment" (1995) 10 *International Journal of Technology Management* n° 2/3.

élément à inclure dans la documentation minimale du PCT²³³. Cela exigerait qu'une documentation détaillée sur tous les matériels connus liés aux savoirs traditionnels soit incorporée à la base des données consacrée à l'état de la technique.

Toutefois, une telle mesure se révélerait très certainement incomplète si l'on n'abordait pas simultanément la question de ce qui constitue une divulgation pouvant détruire la nouveauté d'une invention revendiquée. Il n'y a pas de règle générale qui harmonise la forme que ces divulgations doivent revêtir et les circonstances dans lesquelles elles sont faites. Certains pays²³⁴ "ne reconnaissent pas une divulgation non écrite comme étant destructrice de nouveauté si elle a lieu en dehors de leur juridiction. Cela a permis aux entreprises d'obtenir ... des brevets qui peuvent porter préjudice aux détenteurs et utilisateurs originaux de ces connaissances."²³⁵ Pour ces pays, la Royal Society a demandé "un changement ... qui reconnaisse comme faisant partie de l'"état de la technique" des connaissances [en dehors de leur juridiction], même sous une forme non écrite."²³⁶ La nécessité d'une convergence ne saurait être trop soulignée puisque les savoirs traditionnels peuvent par leur nature même comprendre des connaissances non écrites que les "communautés ont toujours engendrées, affinées et transmises"²³⁷ d'une génération à une autre.

Un autre sujet de préoccupation est la nécessité d'examiner les résultats involontaires éventuels de l'interaction entre le système des brevets et d'autres domaines du droit de la propriété intellectuelle²³⁸ et des instruments réglementaires. Par exemple, il faudra peut-être éclaircir et résoudre "les contradictions éventuelles entre les conventions internationales" telles que celles se rapportant aux brevets et la Convention sur la diversité biologique (CDB)²³⁹. Il a aussi été suggéré que les pays en développement s'efforcent davantage de tirer parti du mécanisme de "l'accès et du partage des avantages" prévu dans cette convention. En outre, certains milieux²⁴⁰ ont demandé un réexamen complet des règles existantes sur "le consentement informé et le partage des avantages." Il serait bon aussi de formuler des "directives concernant le 'consentement informé' et le 'partage des avantages' et pouvant s'adapter aux différentes situations pratiques rencontrées dans l'exploitation des savoirs traditionnels au bénéfice des détenteurs de ces savoirs et de toute l'humanité"²⁴¹.

Dernière considération mais non la moindre, la question de la protection des variétés végétales, en particulier les variétés locales et indigènes, mérite d'être mentionnée. La souplesse fournie par l'Accord sur les ADPIC pour la protection de ces variétés, en vertu d'une législation analogue aux règlements de l'UPOV²⁴², d'un brevet ou d'un système

²³³ Voir le Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, pp. 29-30.

²³⁴ Par exemple, les États-Unis d'Amérique.

²³⁵ Voir Royal Society, Keeping Science Open : the effects of intellectual property policy on the conduct of science (avril 2003), p. 15.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ Voir le rapport de la CIPR, ci-dessus note 5, p. 73.

²³⁸ Par exemple, la protection des secrets d'affaires.

²³⁹ Voir Royal Society, Keeping Science Open : the effects of intellectual property policy on the conduct of science (avril 2003), p. 14, citant son rapport "Transgenic plants and World Agriculture" (2000).

²⁴⁰ Par exemple, la CIPR et la Royal Society.

²⁴¹ Voir Royal Society, Keeping Science Open : the effects of intellectual property policy on the conduct of science (avril 2003), p. 15.

²⁴² Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV).

sui generis, a déjà été étudiée à fond ailleurs²⁴³. De ce fait, les observations ici présentées se limitent au recours à des produits alimentaires génétiquement modifiés pour atténuer “le problème de la faim” et améliorer “la sécurité alimentaire.” Comme le révèle clairement la récente controverse concernant les produits alimentaires génétiquement modifiés, il serait peut-être judicieux de demander la création d’un comité consultatif international pour examiner les intérêts des entreprises privées et des pays en développement dans la production et l’utilisation de plantes transgéniques au profit des populations pauvres. Il y a aussi les questions connexes telles que la nécessité de préserver les “droits des agriculteurs”, lorsque cela est approprié, “afin de conserver les semences pour une utilisation dans l’avenir, s’ils souhaitent le faire.”²⁴⁴ En outre, de nouvelles technologies continueront à créer de nouvelles formes de vie, telles que les semences “terminator”²⁴⁵, qui exigeront probablement de nouvelles solutions.

Comme avec toute autre réforme bénéfique, il a été dit que la résolution de ces problèmes, parmi d’autres, “contribuera à éliminer certains des principaux sujets d’irritation que constitue pour les pays en développement la délivrance de brevets pour des inventions fondées sur des savoirs traditionnels.”²⁴⁶ Comme tous les pays sont dans une certaine mesure riches en diversité biologique et en ressources biogénétiques sous une forme ou une autre, il serait erroné de considérer que les problèmes soulevés n’existent que dans les pays en développement. Un dispositif de protection des savoirs traditionnels libéré de l’obstacle que sont leurs ambiguïtés particulières profiterait à tous les pays.

4.4 CONCLUSION

La présente étude est partie de la notion du besoin urgent et de la ferme détermination d’aborder et d’atténuer un certain nombre des tensions et des déséquilibres observés. Il subsiste de nombreuses autres questions et solutions difficiles en dehors de celles qui ont été mises en évidence dans l’étude. D’autres dialogues et de nouvelles recherches spécialisées aideraient tous les participants à définir et à classer comme prioritaires en vue d’une action immédiate les domaines principaux qui sont un sujet de préoccupations chez tous. La nécessité d’une réforme pour résoudre les vrais problèmes est sans aucun doute des plus pressantes. Il est pourtant tout aussi important d’éviter que “la forêt empêche de voir les arbres”. Il serait peut-être prudent de faire un inventaire de la question et d’en examiner attentivement l’évolution pour déterminer si le système des brevets, avec ou sans réformes, progresse dans la direction du résultat escompté.

Quoi qu’il en soit, il serait peut-être illusoire de s’imaginer que les problèmes sont là faute de solutions. Même si les ressources disponibles étaient illimitées et toutes les solutions possibles examinées et appliquées avec diligence, il surgirait inévitablement de nouveaux

²⁴³ Voir le rapport de la CIPR, ci-dessus note 5, en particulier le chapitre 3.

²⁴⁴ Voir Royal Society, p. 14, citant son rapport “Transgenic plants and World Agriculture (2000)”.

²⁴⁵ “Semences terminator : plantes génétiquement modifiées pour produire des semences stériles (c’est-à-dire que les semences de deuxième génération ne germeront pas). La technologie terminator est actuellement mise au point comme mécanisme biologique pour supprimer le droit des agriculteurs de conserver et de replanter les semences résultant de leur récolte, créant ainsi une plus grande dépendance vis-à-vis du marché commercial des semences.” Voir ETC Group, “Terminator technology – Five years later” (2003) ETC Communiqué, Issue 79 (mai/juin) à <http://www.etcgroup.org>.

²⁴⁶ Voir Royal Society, Keeping Science Open : the effects of intellectual property policy on the conduct of science (avril 2003), p. 15.

problèmes. Comme avec n'importe quel système, les fractures qui existent menaceront de faire dérailler le plan visant à mettre en place un système international des brevets plus efficace et à l'orienter vers des frontières sectorielles, politiques, économiques et technologiques. Certains de ces problèmes pourraient devenir évidents avec une analyse de l'évolution de la question fondamentale : la qualité de la protection par les brevets et le lien avec le commerce entre nations.

Le système des brevets s'est efforcé non sans peine d'étendre la protection à des objets qui n'avaient jamais été envisagés. Il suffira d'en mentionner quelques-uns. La protection des inventions liées à la biotechnologie (telles que les brevets du domaine génétique²⁴⁷ et les animaux génétiquement modifiés, les embryons humains et le "Frankenfood") a engendré un tissu compliqué de considérations juridiques, morales, éthiques, écologiques et d'intérêt public. Les progrès de la bio-informatique ont révélé la coïncidence possible de la protection offerte par différentes matières du droit de la propriété intellectuelle pour un même objet. Il y a aussi des différends multijuridictionnels sur des questions telles que la brevetabilité des méthodes commerciales. De même, la progression de la biopiraterie a incité à demander une réaction plus globale en faveur de la protection des savoirs traditionnels et des ressources biologiques et génétiques au niveau international, soit sous le système des brevets, soit sous un système *sui generis*.

En dehors des pressions apparues quant à l'objet de la protection par les brevets, la segmentation de la qualité de cette protection est devenue un sujet de préoccupation à la fois dans le monde en développement et dans le monde développé. L'on a observé que la cohérence des règles concernant l'octroi de brevets et l'uniformité de la protection est en train de s'éroder. D'une part, certains pays apprécient la valeur d'un compromis entre des normes moins rigoureuses pour la délivrance des brevets et une protection plus brève ou plus faible pour des adaptations mineures de technologies existantes²⁴⁸. Cette attitude est à comparer à celle, exceptionnelle, de l'industrie pharmaceutique qui demande une révision du système afin d'allonger la durée de la protection par les brevets puisque les produits pharmaceutiques attendent quelquefois longtemps l'autorisation requise d'une "FDA"²⁴⁹. Un allongement ne peut toutefois être approuvé sans que l'on prenne en compte les autres initiatives convaincantes visant à élargir l'accès des populations pauvres aux médicaments. À cet égard, l'on demande aussi d'urgence un examen de la grille entière des mesures prises, pour en assurer la cohérence avec les systèmes existants tels que les importations parallèles, les produits génériques, les licences obligatoires, la différenciation des prix, les dons de médicaments, l'assistance des gouvernements et la responsabilité sociale des entreprises. Dans l'état actuel des choses, l'on estime généralement aux États-Unis que de nombreux autres brevets de "qualité faible" et de grande portée ont été délivrés ces dernières années, qui auront des effets marqués en particulier dans l'industrie pharmaceutique où le public sera privé de médicaments et de traitements précieux²⁵⁰.

²⁴⁷ Par exemple les EST, SNP, protéines, etc.

²⁴⁸ Voir par exemple les petits brevets ou les modèles d'utilité.

²⁴⁹ Le terme "FDA" est employé ici de façon générale pour désigner les autorités compétentes dont l'approbation doit être obtenue pour la fabrication ou la commercialisation des produits pharmaceutiques, par exemple la Food and Drug Administration des États-Unis.

²⁵⁰ Voir le rapport de la CIPR, ci-dessus note 5, p. 2.

Dernier facteur mais non le moindre, le lien entre la protection de la propriété intellectuelle et le commerce entre nations est de plus en plus solidement établi par des accords bilatéraux et multilatéraux. Comme ces accords résultent de négociations le système international des brevets s'écartera probablement de plus en plus des règles qui gouvernent la protection par les brevets. Puisque le libre-échange peut ne pas être pratiqué entre égaux, toute absence d'équilibre pourrait provoquer une évolution hâtive, dans le sens de l'exclusion, de la protection par les brevets dans certains pays. Cela est particulièrement vrai des dernières années, au cours desquelles certains pays ont cherché à exploiter des synergies économiques dans le cadre d'accords de libre-échange²⁵¹. Bien que l'on reconnaisse que ces accords peuvent contribuer à accélérer certains aspects de la réforme des brevets, les risques de déséquilibre ne sont pas négligeables.

Un système international des brevets solide est un système qui parvient au but recherché tout en ayant assez de souplesse pour répondre à la diversité des besoins et assurer la participation constructive de tous ses membres. La constitution d'un système international des brevets efficace de ce genre n'est pas un événement mais un processus qui vise à obtenir, non pas à exiger, l'appui et la persévérance sans faille "des gouvernements et des dirigeants ... inventeurs et entreprises ... marchés nationaux et internationaux ainsi que des consommateurs et du grand public."²⁵²

Bien que la destination devienne plus précise et que la direction suivie puisse changer, la citation ci-dessous illustre le parcours difficile qu'il reste à accomplir :

"Le système des brevets, en tant que mécanisme de politique générale spécifiquement conçu pour servir par l'octroi de droits privés un intérêt public plus vaste, doit occasionner une synthèse dynamique des intérêts privés et des intérêts publics. Si cela est souvent interprété comme un conflit direct entre les intérêts privés et le domaine public, il n'en reste pas moins que le système des brevets constitue une solution choisie par le législateur pour mettre des droits privés et des intérêts privés au service d'objectifs publics ... Il s'ensuit que le système des brevets ne peut pas à la fois encourager les investissements privés dans la mise au point de techniques et porter atteinte à la raison d'être de ces investissements. Cependant, la nécessité d'établir un juste équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés est au centre de nombreuses questions de politique en matière de brevets et notamment de la définition de liens entre le système des brevets et d'autres secteurs de la politique publique ... Comme ces domaines supposent un juste équilibre entre un ensemble de facteurs de politique générale et divers intérêts nationaux, ... il est par définition moins probable qu'une convergence de mécanismes de politique générale précis réponde aux besoins et satisfasse les intérêts de tous les États membres de l'OMPI."²⁵³

²⁵¹ Voir, par exemple, l'USSFTA (Accord sur le libre-échange entre les États-Unis et Singapour) qui impose des obligations plus strictes que celles prévues par l'Accord sur les ADPIC, telles que l'accord entre deux parties de n'utiliser les licences obligatoires que pour se protéger des pratiques anticoncurrentielles, de l'utilisation publique non commerciale d'une licence, des situations d'urgence nationale et d'autres circonstances d'extrême urgence. Voir la communication du Ministère du commerce et de l'industrie de Singapour (dans Compiled Comments).

²⁵² Plan d'action de l'OMPI (A/36/14), voir § 1, p. 1.

²⁵³ Plan d'action de l'OMPI dans le domaine des brevets : Options pour le développement du système international des brevets (A/37/6), annexe I, pp. 35-36, § 149 et 152.

CURRICULUM VITAE

ELIZABETH NG SIEW KUAN

Maître de conférences, Faculté de droit, Université nationale de Singapour

Le professeur Elizabeth Ng Siew Kuan est maître de conférences à la Faculté de droit de l'Université nationale de Singapour. Elle enseigne des matières touchant au droit de la propriété intellectuelle, au droit de la biotechnologie et à l'exploitation à l'échelle mondiale des droits de propriété intellectuelle. Elle est aussi directeur de travaux pratiques en droit de la propriété intellectuelle à l'Académie mondiale de l'OMPI.

Le professeur Ng est l'auteur des publications *Butterworths' Annotated Statutes of Singapore on Intellectual Property Law (volume 7)* (1996) et *Butterworths' Singapore Statutes Intellectual Property : Patents Act and Computer Misuse Act* (2001); elle est rédactrice de *Halsbury's Laws of Singapore* sur le droit de la propriété intellectuelle. Elle a publié de nombreux documents et soumis des communications à de nombreuses conférences internationales sur le droit de la propriété intellectuelle.

Elle a participé à de nombreux projets nationaux en tant que conseillère en droit de la propriété intellectuelle. Elle a été consultante auprès de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) et juriste invitée auprès de la Cour d'appel des États-Unis pour le Circuit fédéral à Washington DC. Elle émet régulièrement des avis sur le droit de la propriété intellectuelle pour ses clients des secteurs tant public que privé.

Elle est titulaire d'une licence en droit ("Honours") de l'Université de Londres (Royaume-Uni) et d'une maîtrise de droit (mention très honorable) de l'Université de Cambridge (Royaume-Uni). Elle a reçu le prix Sweet et Maxwell en droit, le prix de la Faculté de droit et le prix Clough de l'Université de Londres et de l'Université de Cambridge. Elle est aussi avocate au Middle Temple de Londres, avocate et notaire auprès de la Cour suprême de Singapour et membre de la Commonwealth Society de l'Université de Cambridge (Royaume-Uni).

[Fin du document]